بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
علاء الدين الكاساني
سنة الولادة / سنة الوفاة 587
تحقيق
الناشر دار الكتاب العربي
سنة النشر 1982
مكان النشر بيروت
عدد الأجزاء 7

فيه عَادَةً
وَكَذَا له أَنْ يَسْتَأْجِرَ له شيئا بِأَقَلَّ من أَجْرِ الْمِثْلِ أو بِأَجْرِ الْمِثْلِ أو بِأَكْثَرَ منه قَدْرَ ما يَتَغَابَنُ الناس فيه عَادَةً
وَلَوْ أجر نَفْسَهُ أو مَالَهُ ثُمَّ بَلَغَ الصَّبِيُّ في الْمُدَّةِ فَلَهُ الْخِيَارُ في إجَارَةِ النَّفْسِ إنْ شَاءَ مَضَى عليها وَإِنْ شَاءَ أَبْطَلَهَا وَلَا خِيَارَ له في إجَارَةِ الْمَالِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ إجَارَةَ مَالِ الصَّغِيرِ تَصَرُّفٌ في مَالِهِ على وَجْهِ النَّظَرِ فَيَقُومُ الْأَبُ فيه مَقَامَهُ فَلَا يَثْبُتُ له خِيَارُ الْإِبْطَالِ بِالْبُلُوغِ فَأَمَّا إجَارَةُ نَفْسِهِ فَتُصْرَفُ على نَفْسِهِ بالإضرار وكان يَنْبَغِي أَنْ لَا يَمْلِكَهُ الْأَبُ إلَّا أَنَّهُ مَلَكَهَا من حَيْثُ إنَّهَا نَوْعُ رِيَاضَةٍ وَتَهْذِيبٌ لِلصَّغِيرِ وَتَأْدِيبٌ له وَالْأَبُ يَلِي تَأْدِيبَ الصَّغِيرِ فَوَلِيَهَا على أنها تَأْدِيبٌ فإذا بَلَغَ فَقَدْ انْقَطَعَتْ وِلَايَةُ التَّأْدِيبِ وهو الْفَرْقُ وَلَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِمَالِهِ وَلَهُ أَنْ يَدْفَعَ مَالَهُ مُضَارَبَةً وَلَهُ أَنْ يُبْضِعَ وَلَهُ أَنْ يوكل بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْإِجَارَةِ وَالِاسْتِئْجَارِ لِأَنَّ هذه الْأَشْيَاءَ من تَوَابِعِ التِّجَارَةِ فَكُلُّ من مَلَكَ التِّجَارَةَ يَمْلِكُ ما هو من تَوَابِعِهَا وَلِهَذَا مَلَكَهَا الْمَأْذُونُ وَلَهُ أَنْ يُعِيرَ مَالَهُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزُ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْإِعَارَةَ تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ بِغَيْرِ عِوَضٍ فَكَانَ ضَرَرًا وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ هذا من تَوَابِعِ التِّجَارَةِ وَضَرُورَاتِهَا فَتُمْلَكُ بِمِلْكِ التِّجَارَةِ وَلِهَذَا مَلَكَهَا الْمَأْذُونُ وَلَهُ أَنْ يُودِعَ مَالَهُ لِأَنَّ الْإِيدَاعَ من ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ وَلَهُ أَنْ يَأْذَنَ له بِالتِّجَارَةِ عِنْدَنَا إذَا كان يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ لِأَنَّ الأذن بِالتِّجَارَةِ دُونَ التِّجَارَةِ فَإِذَا مَلَكَ التِّجَارَةَ بِنَفْسِهِ فَلَأَنْ يَمْلِكَ الْإِذْنَ بِالتِّجَارَةِ أَوْلَى وَلَهُ أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدَهُ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فَكَانَ في مَعْنَى الْبَيْعِ وَلَهُ أَنْ يَرْهَنَ مَالَهُ بِدَيْنِهِ لِأَنَّ الرَّهْنَ من تَوَابِعِ التِّجَارَةِ لِأَنَّ التَّاجِرَ يَحْتَاجُ إلَيْهِ وَلِأَنَّهُ قَضَاءُ الدَّيْنِ وهو يَمْلِكُ قَضَاءَ دَيْنِهِ من مَالِهِ فَيَمْلِكُ الرَّهْنَ بِدَيْنِهِ أَيْضًا وَلَهُ أَنْ يَرْهَنَ مَالَهُ بِدَيْنِ نَفْسِهِ أَيْضًا لِأَنَّ عَيْنَ الْمَرْهُونِ تَحْتَ يَدِ الْمُرْتَهِنِ إلَّا أَنَّهُ إذَا هَلَكَ يَضْمَنُ مِقْدَارَ ما صَارَ مُؤَدِّيًا من ذلك دَيْنَ نَفْسِهِ
وَلَهُ أَنْ يَجْعَلَ مَالَهُ مُضَارَبَةً عِنْدَ نَفْسِهِ وَيَنْبَغِي أَنْ يُشْهِدَ على ذلك في الِابْتِدَاءِ وَلَوْ لم يُشْهِدْ يَحِلُّ له الرِّبْحُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى
وَلَكِنَّ الْقَاضِيَ لَا يُصَدِّقُهُ
وَكَذَلِكَ إذَا شَارَكَ وَرَأْسُ مَالِهِ أَقَلُّ من مَالِ الصَّغِيرِ
فَإِنْ أَشْهَدَ فَالرِّبْحُ على ما شَرَطَ
وَإِنْ لم يُشْهِدْ يَحِلُّ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى وَلَكِنَّ الْقَاضِيَ لَا يُصَدِّقُهُ وَيُجْعَلُ الرِّبْحُ على قَدْرِ رَأْسِ مَالِهِمَا

وما عَرَفْتَ من الْجَوَابِ في الْأَبِ فَهُوَ الْجَوَابُ في وَصِيِّهِ حَالَ عَدَمِهِ
وفي الْجَدِّ وَوَصِيِّهِ حَالَ عَدَمِهِ إلَّا أَنَّ بين الْأَبِ وَوَصِيِّهِ وَبَيْنَ الْجَدِّ وَوَصِيِّهِ فَرْقًا من وُجُوهٍ مَخْصُوصَةٍ
منها أَنَّ الْأَبَ أو الْجَدَّ إذَا اشْتَرَى مَالَ الصَّغِيرِ لِنَفْسِهِ أو بَاعَ مَالَ نَفْسِهِ من الصَّغِيرِ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ أو بِأَقَلَّ جَازَ
وَلَوْ فَعَلَ الْوَصِيُّ ذلك لَا يَجُوزُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ أَصْلًا وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ إنْ كان خَيْرًا لِلْيَتِيمِ جَازَ وَإِلَّا فَلَا
وَمِنْهَا أَنَّ لَهُمَا وِلَايَةَ الِاقْتِصَاصِ لِأَجْلِ الصَّغِيرِ في النَّفْسِ وما دُونَهَا وَلِلْوَصِيِّ وِلَايَةُ الِاقْتِصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ وَلَيْسَ له وِلَايَةُ الِاقْتِصَاصِ في النَّفْسِ وَمِنْهَا أَنَّ وِلَايَةَ الصُّلْحِ في النَّفْسِ وما دُونَهَا على قَدْرِ الدِّيَةِ من غَيْرِ حَطٍّ بِلَا خِلَافٍ
وَلَيْسَ لَهُمَا وِلَايَةُ الْعَفْوِ وفي جَوَازِ الصُّلْحِ من الْوَصِيِّ رِوَايَتَانِ
وقد ذَكَرْنَا الْوَجْهَ في ذلك في كِتَابِ الصُّلْحِ
ثُمَّ وَلِيُّ الْيَتِيمِ هل يَأْكُلُ من مَالِ الْيَتِيمِ فَنَقُولُ لَا خِلَافَ في أَنَّهُ إذَا كان غَنِيًّا لَا يَأْكُلُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { وَمَنْ كان غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ } فَأَمَّا إذَا كان فَقِيرًا فَهَلْ له أَنْ يَأْكُلَ على سَبِيلِ الْإِبَاحَةِ أو ليس له أَنْ يَأْكُلَ إلَّا قَرْضًا
اخْتَلَفَ فيه الصَّحَابَةُ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ رُوِيَ عن عبد اللَّهِ بن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّ له أَنْ يَأْكُلَ على سَبِيلِ الْإِبَاحَةِ لَكِنْ بِالْمَعْرُوفِ من غَيْرِ إسْرَافٍ
وهو قَوْلُ سَيِّدَتِنَا عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها
وَرُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ يَأْكُلُ قَرْضًا فإذا أَيْسَرَ قَضَى
وهو إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما
احْتَجَّ هَؤُلَاءِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى { فإذا دَفَعْتُمْ إلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عليهم } أَمَرَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بِالْإِشْهَادِ على الْأَيْتَامِ عِنْدَ دَفْعِ الْمَالِ إلَيْهِمْ
وَلَوْ كان الْمَالُ في أَيْدِي الْأَوْلِيَاءِ بِطَرِيقِ الْأَمَانَةِ لَكَانَ لَا حَاجَةَ إلَى الْإِشْهَادِ لِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْوَلِيِّ إذَا قال دَفَعْتُ الْمَالَ إلَى الْيَتِيمِ عِنْدَ إنْكَارِهِ
وَإِنَّمَا الْحَاجَةُ إلَى الْإِشْهَادِ عِنْدَ الْأَخْذِ قَرْضًا لِيَأْكُلَ منه
لِأَنَّ في قَضَاءِ الدَّيْنِ الْقَوْلَ قَوْلُ صَاحِبِ الدَّيْنِ لَا قَوْلُ من يَقْضِي الدَّيْنَ وَعَنْ سَعِيدِ بن جُبَيْرٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ فَسَّرَ قَوْلَهُ عز وجل { وَمَنْ كان فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ } قال قَرْضًا
احْتَجَّ الْأَوَّلُونَ بِظَاهِرِ قَوْلِهِ عز شَأْنُهُ {وَمَنْ كان فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ } أَطْلَقَ اللَّهُ عز شَأْنُهُ لِوَلِيِّ الْيَتِيمِ أَنْ يَأْكُلَ من مَالِ الْيَتِيمِ بِالْمَعْرُوفِ وهو الْوَسَطُ من غَيْرِ إسْرَافٍ
وَرُوِيَ أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم فقال ليس لي مَالٌ وَلِي يَتِيمٌ فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كُلْ من مَالِ يَتِيمِكَ

غير مُسْرِفٍ وَلَا مُتَأَثِّلٍ مَالَكَ بِمَالِهِ وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ وَمَالِكٌ في الموطأ أَنَّ الْأَفْضَلَ هو الِاسْتِعْفَافُ من مَالِهِ لِمَا رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا أتى عَبْدَ اللَّهِ بن مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه فقال له أُوصِيَ إلى يَتِيمٌ
فقال عبد اللَّهِ لَا تَشْتَرِ من مَالِهِ شيئا وَلَا تَسْتَقْرِضْ من مَالِهِ شيئا
وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا تَرْتِيبُ الْوِلَايَةِ فَأَوْلَى الْأَوْلِيَاءِ الْأَبُ ثُمَّ وَصِيُّهُ ثُمَّ وَصِيُّ وَصِيِّهِ ثُمَّ الْجَدُّ ثُمَّ وَصِيُّهُ ثُمَّ وَصِيُّ وَصِيِّهِ ثُمَّ الْقَاضِي ثُمَّ مِن نَصَّبَهُ الْقَاضِي وهو وَصِيُّ الْقَاضِي وَإِنَّمَا تَثْبُتُ الْوِلَايَةُ على هذا التَّرْتِيبِ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ على الصِّغَارِ بِاعْتِبَارِ النَّظَرِ لهم لِعَجْزِهِمْ عن التَّصَرُّفِ بِأَنْفُسِهِمْ وَالنَّظَرُ على هذا التَّرْتِيبِ لِأَنَّ ذلك مَبْنِيٌّ على الشَّفَقَةِ وَشَفَقَةُ الْأَبِ فَوْقَ شَفَقَةِ الْكُلِّ وَشَفَقَةُ وَصِيِّهِ فَوْقَ شَفَقَةِ الْجَدِّ لِأَنَّهُ مَرْضِيُّ الْأَبِ وَمُخْتَارُهُ فَكَانَ خَلَفَ الْأَبِ في الشَّفَقَةِ وَخَلَفُ الشَّيْءِ قَائِمٌ مَقَامَهُ كَأَنَّهُ هو وَشَفَقَةُ الْجَدِّ فَوْقَ شَفَقَةِ الْقَاضِي لِأَنَّ شَفَقَتَهُ تَنْشَأُ عن الْقَرَابَةِ وَالْقَاضِي أَجْنَبِيٌّ وَلَا شَكَّ أَنَّ شَفَقَةَ الْقَرِيبِ على قَرِيبِهِ فَوْقَ شَفَقَةِ الْأَجْنَبِيِّ

وَكَذَا شَفَقَةُ وَصِيِّهِ لِأَنَّهُ مَرْضِيُّ الْجَدِّ وَخَلَفُهُ فَكَانَ شَفَقَتُهُ مِثْلَ شَفَقَتِهِ وإذا كان ما جُعِلَ له الْوِلَايَةُ على هذا التَّرْتِيبِ كانت الْوِلَايَةُ على هذا التَّرْتِيبِ ضَرُورَةً لِأَنَّ تَرْتِيبَ الْحُكْمِ على حَسَبِ تَرْتِيبِ الْعِلَّةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَلَيْسَ لِمَنْ سِوَى هَؤُلَاءِ من الْأُمِّ وَالْأَخِ وَالْعَمِّ وَغَيْرِهِمْ وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ على الصَّغِيرِ في مَالِهِ لِأَنَّ الْأَخَ وَالْعَمَّ قَاصِرَا الشَّفَقَةِ وفي التَّصَرُّفَاتِ تَجْرِي جِنَايَاتٌ لَا يَهْتَمُّ لها إلَّا ذُو الشَّفَقَةِ الْوَافِرَةِ وَالْأُمُّ وَإِنْ كانت لها وُفُورُ الشَّفَقَةِ لَكِنْ ليس لها كَمَالُ الرَّأْيِ لِقُصُورِ عَقْلِ النِّسَاءِ عَادَةً فَلَا تَثْبُتُ لَهُنَّ وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ في الْمَالِ وَلَا لِوَصِيِّهِنَّ لِأَنَّ الْوَصِيَّ خَلَفُ الْمُوصِي قَائِمٌ مَقَامَهُ فَلَا يَثْبُتُ له إلَّا قَدْرُ ما كان لِلْمُوصِي وهو قَضَاءُ الدَّيْنِ وَالْحِفْظُ لَكِنْ عِنْدَ عَدَمِ هَؤُلَاءِ وَلِوَصِيِّ الْأُمِّ وَالْأَخِ أَنْ يَبِيعَ الْمَنْقُولَ وَالْعَقَارَ لِقَضَاءِ دَيْنِ الْمَيِّتِ وَالْبَاقِي مِيرَاثٌ لِلصَّغِيرِ ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كان وَاحِدٌ مِمَّنْ ذَكَرْنَا حَيًّا حَاضِرًا فَلَيْسَ له وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ أَصْلًا في مِيرَاثِ الصَّغِيرِ لِأَنَّ الْمُوصِيَ لو كان حَيًّا لَا يَمْلِكُهُ في حَالِ حَيَاتِهِ فَكَذَا الْوَصِيُّ وَإِنْ لم يَكُنْ فَلَهُ وِلَايَةُ الْحِفْظِ لَا غَيْرُ إلَّا أَنَّهُ يَبِيعُ الْمَنْقُولَ لِمَا أَنَّ بَيْعَ الْمَنْقُولِ من بَابِ الْحِفْظِ لِأَنَّ حِفْظَ الثَّمَنِ أَيْسَرُ وَلَيْسَ له أَنْ يَبِيعَ الْعَقَارَ لِاسْتِغْنَائِهِ عن الْحِفْظِ لِكَوْنِهِ مَحْفُوظًا بِنَفْسِهِ

وَكَذَا لَا يَبِيعُ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لِأَنَّهَا مَحْفُوظَةٌ وَلَيْسَ له أَنْ يَشْتَرِيَ شيئا على سَبِيلِ التِّجَارَةِ وَلَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ ما لَا بُدَّ منه لِلصَّغِيرِ من طَعَامِهِ وَكِسْوَتِهِ وما اسْتَفَادَ الصَّغِيرُ من الْمَالِ من جِهَةٍ أُخْرَى سِوَى الْإِرْثِ بِأَنْ وُهِبَ له شَيْءٌ أو أوصى له بِهِ فَلَيْسَ له وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ فيه أَصْلًا عَقَارًا كان أو مَنْقُولًا لِأَنَّهُ لم يَكُنْ للموصي عليه وِلَايَةٌ فَكَذَا الْوَصِيُّ

وَأَمَّا وَصِيُّ الْمُكَاتَبِ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَ الْمَنْقُولَ وَالْعَقَارَ لِقَضَاءِ دَيْنِ الْمُكَاتَبِ وَلِقَضَاءِ دَيْنِ الْكِتَابَةِ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ كان يَمْلِكُهُ بِنَفْسِهِ فَكَذَا وَصِيُّهُ وما فَضَلَ من كَسْبِهِ يَكُونُ مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِ

أَمَّا الْأَحْرَارُ منهم فَلَا شَكَّ وَكَذَا الْوَلَدُ الْمَوْلُودُ في الْكِتَابَةِ وَمَنْ كُوتِبَ معه لِأَنَّهُ عَتَقَ في آخِرِ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ بِعِتْقِ أبيه وإذا صَارَ الْفَاضِلُ من كَسْبِهِ مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِ فَهَلْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في مَالِهِمْ ذَكَرَ في الزِّيَادَاتِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إلَّا الْحِفْظَ وَجَعَلَهُ بِمَنْزِلَةِ وَصِيِّ الْأُمِّ وَالْأَخِ وَالْعَمِّ وفي كِتَابِ الْقِسْمَةِ الحقه بِوَصِيِّ الْأَبِ فإنه أَجَازَ قِسْمَتَهُ في الْعَقَارَاتِ وَالْقِسْمَةُ في مَعْنَى الْبَيْعِ فَمَنْ جَازَتْ قِسْمَتُهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ فَكَانَ فيه رِوَايَتَانِ

وَهَذَا إذَا مَاتَ قبل أَدَاءِ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَأَمَّا إذَا أَدَّى بَدَلَ الْكِتَابَةِ في حَالِ حَيَاتِهِ وَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ كان وَصِيُّهُ كَوَصِيِّ الْحُرِّ بِلَا خِلَافٍ

وَالثَّانِي أَنْ لَا يَكُونَ في الْمَبِيعِ حَقٌّ لِغَيْرِ الْبَائِعِ فَإِنْ كان لَا يَنْعَقِدُ كَالْمَرْهُونِ وَالْمُسْتَأْجَرِ لِأَنَّ فيه إبْطَالَ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ وَالْمُسْتَأْجِرِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ

وقد اخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُ الْكُتُبِ في هذه الْمَسْأَلَةِ في بَعْضِهَا أَنَّ الْبَيْعَ فَاسِدٌ وفي بَعْضِهَا أَنَّهُ مَوْقُوفٌ وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّ رُكْنَ الْبَيْعِ صَدَرَ من أَهْلِهِ مُضَافًا إلَى مَالٍ

مُتَقَوِّمٍ مَمْلُوكٍ له مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ من غَيْرِ ضَرَرٍ يَلْزَمُهُ
وَالدَّلِيلُ على أَنَّهُ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ أَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَفْتَكَّ الرَّهْنَ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ فَيُسَلِّمَهُ إلَى الْمَدِينِ وَكَذَا احْتِمَالُ الْإِجَازَةِ من الْمُرْتَهِنِ وَالْمُسْتَأْجِرِ ثَابِتٌ في الْبَابَيْنِ جميعا إلَّا أَنَّهُ لم يَنْفُذْ لِلْحَالِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمَا فَتَوَقَّفَ وَيُمْكِنُ التَّوْفِيقُ بين الرِّوَايَتَيْنِ بِأَنْ يُحْمَلَ قَوْلُهُ فَاسِدٌ على أَنَّهُ لَا حُكْمَ له ظَاهِرٌ وهو تَفْسِيرُ الْمَوْقُوفِ عِنْدَنَا فإذا تَوَقَّفَ على إجَازَتِهِمَا فَإِنْ أَجَازَا جَازَ وَنَفَذَ وَهَلْ يَمْلِكَانِ الْمُطَالَبَةَ بِالْفَسْخِ
ذكر ((ذكره)) الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في شَرْحِهِ وقال أَمَّا الْمُسْتَأْجِرُ فَلَا يَمْلِكُ وَأَمَّا الْمُرْتَهِنُ فَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ يَمْلِكُ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا من حَيْثُ أن حَقَّ الْمُسْتَأْجِرِ في

الْمَنْفَعَةِ لَا في الْعَيْنِ إذْ الْإِجَارَةُ عَقْدٌ على الْمَنْفَعَةِ لَا على الْعَيْنِ وَالْبَيْعُ عَقْدٌ على الْعَيْنِ فلم يَكُنْ الْبَيْعُ تَصَرُّفًا في مَحَلِّ حَقِّ الْمُسْتَأْجِرِ فَلَا يَثْبُتُ له الْخِيَارُ وَحَقُّ الْمُرْتَهِنِ في الْعَيْنِ لِأَنَّهُ يَسْتَوْفِي الدَّيْنَ من بَدَلِ الْعَيْنِ بِالْبَيْعِ عِنْدَ عَدَمِ الِافْتِكَاكِ من الراهن ((الرهن)))
وَلِهَذَا لو أَجَازَ الْبَيْعَ كان الثَّمَنُ رَهْنًا عِنْدَهُ فَكَانَ الْبَيْعُ تَصَرُّفًا في مَحَلِّ حَقِّهِ فَيَثْبُتُ له الْخِيَارُ
وَهَلْ يَثْبُتُ لِلْمُشْتَرِي خِيَارُ الْفَسْخِ فَإِنْ لم يَعْلَمْ أَنَّهُ مَرْهُونٌ أو مُؤَجَّرٌ يَثْبُتْ لِأَنَّ الْعَقْدَ الْمُطْلَقَ يَقْتَضِي التَّسْلِيمَ لِلْحَالِ وقد فَاتَ فَيَثْبُتُ له خِيَارُ الْفَسْخِ وَإِنْ عَلِمَ فَلَا خِيَارَ له لِأَنَّهُ رضي بِالتَّسْلِيمِ في الْجُمْلَةِ
وَلَوْ بَاعَ عَبْدَهُ الذي وَجَبَ عليه الْقَوَدُ نَفَذَ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِوَلِيِّ الْقَتِيلِ في نَفْسِ الْقَاتِلِ وَإِنَّمَا له وِلَايَةُ اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ وإنها لَا تَبْطُلُ بِالْبَيْعِ فَيَجُوزُ الْبَيْعُ وَلَا يَصِيرُ الْمَوْلَى بِالْبَيْعِ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ سَوَاءً عَلِمَ بِالْجِنَايَةِ أو لم يَعْلَمْ لِأَنَّ حَقَّ الْوَلِيِّ في الْقِصَاصِ وَالْبَيْعِ لَا يُبْطِلُ الْقِصَاصَ
وَكَذَلِكَ لو أَعْتَقَهُ أو دَبَّرَهُ أو كَاتَبَ أمة فَاسْتَوْلَدَهَا لِمَا قُلْنَا وَكَذَا لو بَاعَ عَبْدَهُ الذي هو حَلَالُ الدَّمِ بِالرِّدَّةِ لِأَنَّ الرِّدَّةَ تُوجِبُ إبَاحَةَ الدَّمِ لَا غَيْرَ وَالْبَيْعُ لَا يُبْطِلُهَا وَكَذَا لو أَعْتَقَهُ أو دَبَّرَهُ وَكَذَا لو بَاعَ عَبْدَهُ الذي وَجَبَ قَطْعُ يَدِهِ بِالسَّرِقَةِ أو وَجَبَ عليه حَدٌّ من الْحُدُودِ كَحَدِّ الزِّنَا وَالْقَذْفِ وَالشُّرْبِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ بِهَذِهِ الْجِنَايَاتِ وِلَايَةُ اسْتِيفَاءِ الْقَطْعِ وَالْحَدِّ وَالْبَيْعُ لَا يُبْطِلُهَا
وَلَوْ بَاعَ عَبْدَهُ الذي وَجَبَ دَفْعُهُ بِالْجِنَايَةِ يَجُوزُ عَلِمَ الْمَوْلَى بِالْجِنَايَةِ أو لَا وَلَا سَبِيلَ لِوَلِيِّ الْجِنَايَةِ على الْعَبْدِ وَلَا على الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ لَا حَقَّ له في نَفْسِ الْعَبْدِ وَإِنَّمَا يُخَاطِبُ الْمَوْلَى بِالدَّفْعِ إلَّا أَنْ يَخْتَارَ الْفِدَاءَ غير أَنَّهُ إنْ كان عَالِمًا بِالْجِنَايَةِ يَلْزَمْهُ أَرْشُ الْجِنَايَةِ بَالِغًا ما بَلَغَ لِأَنَّ إقْدَامَهُ على الْبَيْعِ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ اخْتِيَارٌ لِلْفِدَاءِ إذْ لو لم يَخْتَرْ لَمَا بَاعَهُ لِمَا فيه من إبْطَالِ حَقِّ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ في الدَّفْعِ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَرْضَى بِهِ وَعَلَى تَقْدِيرِ الِاخْتِيَارِ كان الْبَيْعُ إبْطَالًا لِحَقِّهِمْ إلَى بَدَلٍ وهو الْفِدَاءُ فَكَانَ الْإِقْدَامُ على الْبَيْعِ اخْتِيَارًا لِلْفِدَاءِ بِخِلَافِ ما إذَا كان عليه قَتْلٌ أو قَطْعٌ بِسَبَبِ السَّرِقَةِ أو حَدٌّ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ هذه الْحُقُوقِ فلم يَكُنْ الْإِقْدَامُ على الْبَيْعِ اخْتِيَارًا لِلْفِدَاءِ فَلَا تَسْقُطُ هذه الْحُقُوقُ بَلْ بَقِيَتْ على حَالِهَا وَإِنْ كان عَالِمًا بِالْجِنَايَةِ يَلْزَمْهُ الْأَقَلُّ من قِيمَتِهِ

وَمِنْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ لِأَنَّهُ إذَا لم يَكُنْ عَالِمًا بِالْجِنَايَةِ كان الْبَيْعُ اسْتِهْلَاكًا لِلْعَبْدِ من غَيْرِ اخْتِيَارِهِ فَعَلَيْهِ الْأَقَلُّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ لِأَنَّهُ ما أَتْلَفَ على وَلِيِّ الْجِنَايَةِ إلَّا قَدْرَ الْأَرْشِ إلَّا إذَا كان أَقَلُّهُمَا عَشَرَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ فَيَنْقُصُ منها عَشَرَةَ دَرَاهِمَ لِأَنَّ قِيمَةَ قَتْلِ الْعَبْدِ خَطَأً إذَا بَلَغَ عَشَرَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ يَنْقُصُ منها عَشَرَةُ دَرَاهِمَ

وَكَذَلِكَ لو أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى أو دَبَّرَهُ أو كَاتَبَ أمة فَاسْتَوْلَدَهَا جَازَ وَلَا سَبِيلَ لِوَلِيِّ الْجِنَايَةِ على الْعَبْدِ وَالْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ غير أَنَّهُ إنْ عَلِمَ بِالْجِنَايَةِ كان ذلك اخْتِيَارًا منه لِلْفِدَاءِ وَإِنْ لم يَعْلَمْ فَعَلَيْهِ الْأَقَلُّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ الدَّيْنِ وما زَادَ على هذا نَذْكُرُهُ في كِتَابِ جِنَايَاتِ الْعَبِيدِ في آخَرِ كِتَابِ الْجِنَايَاتِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ الصِّحَّةِ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَعُمُّ الْبِيَاعَاتِ كُلَّهَا وَبَعْضُهَا يَخُصُّ الْبَعْضَ دُونَ الْبَعْضِ أَمَّا الشَّرَائِطُ الْعَامَّةُ

فَمِنْهَا ما ذَكَرْنَا من شَرَائِطِ الِانْعِقَادِ وَالنَّفَاذِ لِأَنَّ ما لَا يَنْعَقِدُ وَلَا يَنْفُذُ الْبَيْعُ بِدُونِهِ لَا يَصِحُّ بِدُونِهِ ضَرُورَةً إذْ الصِّحَّةُ أَمْرٌ زَائِدٌ على الِانْعِقَادِ وَالنَّفَاذِ فَكُلُّ ما كان شَرْطَ الِانْعِقَادِ وَالنَّفَاذِ كان شَرْطَ الصِّحَّةِ ضَرُورَةً وَلَيْسَ كُلُّ ما يَكُونُ شَرْطَ الصِّحَّةِ يَكُونُ شَرْطَ النَّفَاذِ وَالِانْعِقَادِ عِنْدَنَا فإن الْبَيْعَ الْفَاسِدَ يَنْعَقِدُ وَيَنْفُذُ عِنْدَ اتِّصَالِ الْقَبْضِ بِهِ عِنْدَنَا وَإِنْ لم يَكُنْ صَحِيحًا

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ مَعْلُومًا وَثَمَنُهُ مَعْلُومًا عِلْمًا يَمْنَعُ من الْمُنَازَعَةِ فَإِنْ كان أَحَدُهُمَا مَجْهُولًا جَهَالَةً مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ فَسَدَ الْبَيْعُ وَإِنْ كان مَجْهُولًا جَهَالَةً لَا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ لَا يَفْسُدْ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ إذَا كانت مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ كانت مَانِعَةً من التَّسْلِيمِ وَالتَّسَلُّمِ فَلَا يَحْصُلُ مَقْصُودُ الْبَيْعِ وإذا لم تَكُنْ مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ لَا تَمْنَعُ من ذلك فَيَحْصُلُ الْمَقْصُودُ

وَبَيَانُهُ في مَسَائِلَ إذَا قال بِعْتُكَ شَاةً من هذا الْقَطِيعِ أو ثَوْبًا من هذا الْعِدْلِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ لِأَنَّ الشَّاةَ من الْقَطِيعِ وَالثَّوْبَ من الْعِدْلِ مَجْهُولٌ جَهَالَةً مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ لِتَفَاحُشِ التَّفَاوُتِ بين شَاةٍ وَشَاةٍ وَثَوْبٍ وَثَوْبٍ فَيُوجِبُ فَسَادَ الْبَيْعِ فَإِنْ عَيَّنَ الْبَائِعُ شَاةً أو ثَوْبًا وَسَلَّمَهُ إلَيْهِ وَرَضِيَ بِهِ جَازَ وَيَكُونُ ذلك ابْتِدَاءَ بَيْعٍ بِالْمُرَاضَاةِ وَلِأَنَّ البايعات (((البياعات))) لِلتَّوَسُّلِ إلَى اسْتِيفَاءِ النُّفُوسِ إلَى انْقِضَاءِ آجَالِهَا وَالتَّنَازُعُ يُفْضِي إلَى التَّفَانِي فَيَتَنَاقَضُ وَلِأَنَّ الرِّضَا شَرْطُ الْبَيْعِ وَالرِّضَا لَا يَتَعَلَّقُ إلَّا بِالْمَعْلُومِ

وَالْكَلَامُ في هذا الشَّرْطِ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْعِلْمَ بِالْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ عِلْمًا مَانِعًا من الْمُنَازَعَةِ شَرْطُ صِحَّةِ الْبَيْعِ

وَالثَّانِي في بَيَانِ ما يَحْصُلُ بِهِ الْعِلْمُ بِهِمَا

أَمَّا الْأَوَّلُ فَبَيَانُهُ في مَسَائِلَ وَكَذَا إذَا قال بِعْتُكَ أَحَدَ هذه الْأَثْوَابِ الْأَرْبَعَةِ

بِكَذَا وَذَكَرَ خِيَارَ التَّعْيِينِ أو سَكَتَ عنه أو قال بِعْتُكَ أَحَدَ هَذَيْنِ الثَّوْبَيْنِ أو أَحَدَ هذه الْأَثْوَابِ الثَّلَاثَةِ بِكَذَا وَسَكَتَ عن الْخِيَارِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مَجْهُولٌ وَلَوْ ذَكَرَ الْخِيَارَ بِأَنْ قال علي أَنَّكَ بِالْخِيَارِ تَأْخُذُ أَيَّهَا شِئْتَ بِثَمَنِ كَذَا وَتَرُدُّ الْبَاقِيَ فَالْقِيَاسُ أَنْ يَفْسُدَ الْبَيْعُ وفي الِاسْتِحْسَانِ لَا يَفْسُدُ

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْمَبِيعَ مَجْهُولٌ لِأَنَّهُ بَاعَ أَحَدَهُمَا غير عَيْنٍ وهو غَيْرُ مَعْلُومٍ فَكَانَ الْمَبِيعُ مَجْهُولًا فَيَمْنَعُ صِحَّةَ الْبَيْعِ كما لو بَاعَ أَحَدَ الْأَثْوَابِ الْأَرْبَعَةِ وَذَكَرَ

الْخِيَارَ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ الِاسْتِدْلَالُ بِخِيَارِ الشَّرْطِ وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا مِسَاسُ الْحَاجَةِ إلَى دَفْعِ الْغَبْنِ وَكُلُّ وَاحِدٍ من الْخِيَارَيْنِ طَرِيقٌ إلَى دَفْعِ الْغَبْنِ وَوُرُودُ الشَّرْعِ هُنَاكَ يَكُونُ وُرُودًا هَهُنَا وَالْحَاجَةُ تَنْدَفِعُ بِالتَّحَرِّي في ثَلَاثَةٍ لِاقْتِصَارِ الْأَشْيَاءِ على الْجَيِّدِ وَالْوَسَطِ وَالرَّدِيءِ فَيَبْقَى الْحُكْمُ في الزِّيَادَةِ مَرْدُودًا إلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ وَلِأَنَّ الناس تَعَامَلُوا هذا الْبَيْعَ لِحَاجَتِهِمْ إلَى ذلك فإن كُلَّ أَحَدٍ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَدْخُلَ السُّوقَ فَيَشْتَرِيَ ما يَحْتَاجُ إلَيْهِ خُصُوصًا الْأَكَابِرَ وَالنِّسَاءَ فَيَحْتَاجَ إلَى أَنْ يَأْمُرَ غَيْرَهُ وَلَا تَنْدَفِعُ حَاجَتُهُ بِشِرَاءِ شَيْءٍ وَاحِدٍ مُعَيَّنٍ من ذلك الْجِنْسِ لِمَا عَسَى لَا يُوَافِقُ الآخر (((الآمر))) فَيَحْتَاجَ إلَى أَنْ يَشْتَرِيَ أَحَدَ اثْنَيْنِ من ذلك الْجِنْسِ فَيَحْمِلَهُمَا جميعا إلَى الْآمِرِ فَيَخْتَارَ أَيَّهُمَا شَاءَ بِالثَّمَنِ الْمَذْكُورِ وَيَرُدَّ الْبَاقِيَ فَجَوَّزْنَا ذلك لِتَعَامُلِ الناس وَلَا تَعَامُلَ فِيمَا زَادَ على الثَّلَاثَةِ فَبَقِيَ الْحُكْمُ فيه على أَصْلِ الْقِيَاسِ
قوله (((وقوله))) الْمَعْقُودُ عليه مَجْهُولٌ قُلْنَا هذا مَمْنُوعٌ فإنه إذَا شَرَطَ الْخِيَارَ بِأَنْ قال على أَنْ تَأْخُذَ أَيَّهُمَا شِئْتَ فَقَدْ انْعَقَدَ الْبَيْعُ مُوجِبًا لِلْمِلْكِ عِنْدَ اخْتِيَارِهِ لَا لِلْحَالِ والمقعود (((والمعقود))) عليه عِنْدَ اخْتِيَارِهِ مَعْلُومٌ مع ما أَنَّ هذه جَهَالَةٌ لَا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّهُ فَوَّضَ الْأَمْرَ إلَى اخْتِيَارِ الْمُشْتَرِي يَأْخُذُ أَيَّهُمَا شَاءَ فَلَا تَقَعُ الْمُنَازَعَةُ وَهَلْ يُشْتَرَطُ بَيَانُ الْمُدَّةِ في هذا الْخِيَارِ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه لِاخْتِلَافِ أَلْفَاظِ مُحَمَّدٍ في هذه الْمَسْأَلَةِ في الْكُتُبِ فذكر في الْجَامِعِ الصَّغِيرِ على أَنْ يَأْخُذَ الْمُشْتَرِي أَيَّهُمَا شَاءَ وهو فيه بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ
وَذَكَرَ في الْأَصْلِ على أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ بِأَلْفٍ ولم يذكر الْخِيَارَ فقال بَعْضُهُمْ لَا يَجُوزُ هذا الْبَيْعُ إلَّا بِذِكْرِ مُدَّةِ خِيَارِ الشَّرْطِ وهو ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ فما دُونَهَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا الثَّلَاثُ وما زَادَ عليها بَعْدَ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا وهو قَوْلُ الْكَرْخِيِّ وَالطَّحَاوِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وقال بَعْضُهُمْ يَصِحُّ من غَيْرِ ذِكْرِ الْمُدَّةِ وَجْهُ قَوْلِ الْأَوَّلِينَ أَنَّ الْمَبِيعَ لو كان ثَوْبًا وَاحِدًا مُعَيَّنًا وَشُرِطَ فيه الْخِيَارُ كان بَيَانُ الْمُدَّةِ شَرْطَ الصِّحَّةِ بِالْإِجْمَاعِ فَكَذَا إذَا كان وَاحِدًا غير مُعَيَّنٍ وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّ تَرْكَ التَّوْقِيتِ تَجْهِيلٌ لِمُدَّةِ الْخِيَارِ وَأَنَّهُ مُفْسِدٌ لِلْبَيْعِ لِأَنَّ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّهُمَا جميعا وَالثَّابِتُ بِخِيَارِ التَّعْيِينِ رَدُّ أَحَدِهِمَا وَهَذَا حُكْمُ خِيَارِ الشَّرْطِ فَلَا بُدَّ من ذِكْرِ مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ
وَجْهُ قَوْلِ الْآخَرِينَ أَنَّ تَوْقِيتَ الْخِيَارِ في الْمُعَيَّنِ إنَّمَا كان شَرْطًا لِأَنَّ الْخِيَارَ فيه يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْحُكْمِ لِلْحَاجَةِ إلَى دَفْعِ الْغَبْنِ بِوَاسِطَةِ التَّأَمُّلِ فَكَانَ في مَعْنَى الِاسْتِثْنَاءِ فَلَا بُدَّ من التَّوْقِيتِ لِيَصِحَّ اسْتِثْنَاءُ ذلك في الْوَقْتِ عن ثُبُوتِ حُكْمِ الْبَيْعِ فيه وَخِيَارُ التَّعْيِينِ لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْحُكْمِ بَلْ يَثْبُتُ الْحُكْمُ في أَحَدِهِمَا غير عَيْنٍ وَإِنَّمَا يُمْنَعُ تَعَيُّنُ الْمَبِيعِ لَا غَيْرُ فَلَا يُشْتَرَطُ له بَيَانُ الْمُدَّةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَالدَّلِيلُ على التَّفْرِقَةِ بَيْنَهُمَا أَنَّ خِيَارَ الشَّرْطِ لَا يُورَثُ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا وَخِيَارُ التَّعْيِينِ يُورَثُ بِالْإِجْمَاعِ إلَّا أَنَّ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّهُمَا جميعا لَا حُكْمًا لِخِيَارِ الشَّرْطِ الْمَعْهُودِ لِيَشْتَرِطَ له بَيَانَ الْمُدَّةِ بَلْ لِأَنَّ الْبَيْعَ الْمُضَافَ إلَى أَحَدِهِمَا غَيْرُ لَازِمٍ فَكَانَ مَحَلًّا لِلْفَسْخِ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ خِيَارٍ مَعْهُودٍ على ما نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وعلى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ أو عَبْدَيْنِ أو دَابَّتَيْنِ على أَنَّ الْمُشْتَرِيَ أو الْبَائِعَ بِالْخِيَارِ في أَحَدِهِمَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ولم يُعَيِّنْ الذي فيه الْخِيَارُ من الذي لَا خِيَارَ فيه وَلَا بين حِصَّةِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا من الثَّمَنِ أَنَّ الْبَيْعَ فَاسِدٌ فِيهِمَا جميعا لِجَهَالَةِ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ

أَمَّا جَهَالَةُ الْمَبِيعِ فَلِأَنَّ الْعَقْدَ في أَحَدِهِمَا بَاتٌّ وفي الْآخَرِ خِيَارٌ ولم يُعَيَّنْ أَحَدُهُمَا من الْآخَرِ فَكَانَ الْمَبِيعُ مَجْهُولًا وَأَمَّا جَهَالَةُ الثَّمَنِ فَلِأَنَّهُ إذَا لم يُسَمِّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَمَنًا فَلَا يُعْرَفُ ذلك إلَّا بِالْحَزْرِ وَالظَّنِّ فَكَانَ الثَّمَنُ مَجْهُولًا وَالْمَبِيعُ مَجْهُولًا وَجَهَالَةُ أَحَدِهِمَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْبَيْعِ فَجَهَالَتُهُمَا أَوْلَى
وَكَذَا إذَا عَيَّنَ الذي فيه الْخِيَارُ لَكِنْ لم يُبَيِّنْ حِصَّةَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا من الثَّمَنِ لِأَنَّ الثَّمَنَ مَجْهُولٌ وَكَذَا إذَا بَيَّنَ ثَمَنَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَكِنْ لم يُعَيِّنْ الذي فيه الْخِيَارُ من صَاحِبِهِ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مَجْهُولٌ وَلَوْ عَيَّنَ وَبَيَّنَ جَازَ الْبَيْعُ فِيهِمَا جميعا لِأَنَّ الْمَبِيعَ وَالثَّمَنَ مَعْلُومَانِ وَيَكُونُ الْبَيْعُ في أَحَدِهِمَا بَاتًّا من غَيْرِ خِيَارٍ وفي الْآخَرِ فيه خِيَارٌ لِأَنَّهُ هَكَذَا فَعَلَ فإذا أَجَازَ من له الْخِيَارُ الْبَيْعَ فِيمَا له فيه الْخِيَارُ أو مَاتَ أو مَضَتْ مُدَّةُ الْخِيَارِ من غَيْرِ فَسْخٍ حتى تَمَّ الْبَيْعُ وَلَزِمَ

الْمُشْتَرِيَ ثَمَنُهُمَا ليس له أَنْ يَأْخُذَ أَحَدُهُمَا أو كِلَاهُمَا ما لم يَنْقُدْ ثَمَنَهُمَا جميعا لِأَنَّ الْخِيَارَ لَمَّا سَقَطَ وَلَزِمَ الْعَقْدُ صَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهُمَا جميعا شِرَاءً بَاتًّا وَلَوْ كان كَذَلِكَ كان الْأَمْرُ على ما وَصَفْنَا فَكَذَا هذا
وَلَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا وَاحِدًا أو دَابَّةً وَاحِدَةً بِثَمَنٍ مَعْلُومٍ على أَنَّ الْمُشْتَرِيَ أو الْبَائِعَ بِالْخِيَارِ في نِصْفِهِ وَنِصْفُهُ بَاتٌّ جَازَ الْبَيْعُ لِأَنَّ النِّصْفَ مَعْلُومٌ وَثَمَنُهُ مَعْلُومٌ أَيْضًا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَلَوْ بَاعَ عَدَدًا من جُمْلَةِ الْمَعْدُودَاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ كَالْبِطِّيخِ وَالرُّمَّانِ بِدِرْهَمٍ وَالْجُمْلَةُ أَكْثَرُ مِمَّا سَمَّى فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ لِجَهَالَةِ الْمَبِيعِ جَهَالَةً مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ فَإِنْ عَزَلَ ذلك الْقَدْرَ من الْجُمْلَةِ بَعْدَ ذلك أو تَرَاضَيَا عليه فَهُوَ جَائِزٌ لِأَنَّ ذلك بَيْعٌ مُبْتَدَأٌ بِطَرِيقِ التَّعَاطِي وَإِلَيْهِ أَشَارَ في الْكِتَابِ فقال وَإِنَّمَا وَقَعَ الْبَيْعُ على هذا الْمَعْزُولِ حين تَرَاضَيَا وَهَذَا نَصٌّ على جَوَازِ الْبَيْعِ بِالْمُرَاوَضَةِ
وَلَوْ قال بِعْتُ هذا الْعَبْدَ بِقِيمَتِهِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ لِأَنَّهُ جَعَلَ ثَمَنَهُ قِيمَتَهُ وَإِنَّهَا تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ فَكَانَ الثَّمَنُ مَجْهُولًا وَكَذَلِكَ إذَا اشْتَرَى من هذا اللَّحْمِ ثَلَاثَةَ أَرْطَالٍ بِدِرْهَمٍ ولم يُبَيِّنْ الْمَوْضِعَ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ وَكَذَلِكَ إذَا بَيَّنَ الْمَوْضِعَ بِأَنْ قال زِنْ لي من هذا الْجَنْبِ رَطْلًا بِكَذَا أو من هذا الْفَخِذِ على قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ في السَّلَمِ وَعَلَى قيام (((قياس))) قَوْلِهِمَا يَجُوزُ وَكَذَا رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَجُوزُ وَكَذَا إذَا بَاعَ بِحُكْمِ الْمُشْتَرِي أو بِحُكْمِ فُلَانٍ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي بِمَاذَا يَحْكُمُ فُلَانٌ فَكَانَ الثَّمَنُ مَجْهُولًا وَكَذَا إذَا قال بِعْتُكَ هذا بِقَفِيزِ حِنْطَةٍ أو بقفيز (((بقفيزي))) شَعِيرٍ لِأَنَّ الثَّمَنَ مَجْهُولٌ وَقِيلَ هو الْبَيْعَانِ في بَيْعٍ
وقد رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ نهى عن بَيْعَيْنِ في بَيْعٍ وَكَذَا إذَا قال بِعْتُكَ هذا الْعَبْدَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ إلَى سَنَةٍ أو بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ إلَى سَنَتَيْنِ لِأَنَّ الثَّمَنَ مَجْهُولٌ وَقِيلَ هو الشَّرْطَانِ في بَيْعٍ
وقد رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ نهى عن شَرْطَيْنِ في بَيْعٍ وَلَوْ بَاعَ شيئا بِرِبْحِ ده بازده (((يازده))) ولم يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي رَأْسَ مَالِهِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ حتى يَعْلَمَ فَيَخْتَارَ أو يَدَعَ هَكَذَا روي ابن رُسْتُمَ عن مُحَمَّدٍ لِأَنَّهُ إذَا لم يُعْلَمْ رَأْسُ مَالِهِ كان ثَمَنُهُ مَجْهُولًا وَجَهَالَةُ الثَّمَنِ تَمْنَعُ صِحَّةَ الْبَيْعِ فإذا عَلِمَ وَرَضِيَ بِهِ جَازَ الْبَيْعُ لِأَنَّ الْمَانِعَ من الْجَوَازِ وهو الْجَهَالَةُ عِنْدَ الْعَقْدِ وقد زَالَتْ في الْمَجْلِسِ وَلَهُ حُكْمُ حَالَةِ

الْعَقْدِ فَصَارَ كَأَنَّهُ كان مَعْلُومًا عِنْدَ الْعَقْدِ وَإِنْ لم يَعْلَمْ بِهِ حتى إذَا افْتَرَقَا تَقَرَّرَ الْفَسَادُ

وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ قبل الْعِلْمِ بَعْدَ الْقَبْضِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِأَنَّ هذا حُكْمُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وقد تَقَرَّرَ الْفَسَادُ بِالْهَلَاكِ لِأَنَّ بِالْهَلَاكِ خَرَجَ الْبَيْعُ عن احْتِمَالِ الْإِجَازَةِ وَالرِّضَا لِأَنَّ الْإِجَازَةَ إنَّمَا تَلْحَقُ الْقَائِمَ دُونَ الْهَالِكِ فَتَقَرَّرَ الْفَسَادُ فَلَزِمَتْهُ الْقِيمَةُ

وَرَوَى ابن شُجَاعٍ عن مُحَمَّدٍ أَنَّ الْبَيْعَ جَائِزٌ وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ مَوْقُوفٌ على الْإِجَازَةِ وَإِلَيْهِ أَشَارَ أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فإنه قال صَحَّ وَهَذِهِ أَمَارَةُ الْبَيْعِ الْمَوْقُوفِ فَإِنْ مَاتَ الْبَائِعُ قبل أَنْ يرضي الْمُشْتَرِي وقد قَبَضَ أو لم يَقْبِضْ انْتَقَضَ الْبَيْعُ

وَلَوْ كان الْمَبِيعُ عَبْدًا فَقَبَضَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ أو بَاعَهُ أو مَاتَ قبل الْعِلْمِ جَازَ الْعِتْقُ وَالْبَيْعُ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِوُجُودِ الْهَلَاكِ حَقِيقَةً بِالْمَوْتِ وَبِالْإِعْتَاقِ في الْمَبِيعِ فَخَرَجَ الْبَيْعُ عن احْتِمَالِ الْإِجَازَةِ فَتَأَكَّدَ الْفَسَادُ فَيَلْزَمُهُ الْقِيمَةُ

وَلَوْ أَعْتَقَهُ بعدما عَلِمَ بِرَأْسِ الْمَالِ فَعَلَيْهِ الثَّمَنُ لِأَنَّ إقْدَامَهُ على الْإِعْتَاقِ دَلِيلُ الْإِجَازَةِ وَلَوْ عَتَقَ بِالْقَرَابَةِ قبل الْعِلْمِ بِالثَّمَنِ بَعْدَ الْقَبْضِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِأَنَّهُ لَا صُنْعَ له في الْقَرَابَةِ فلم يُوجَدْ دَلِيلُ الْإِجَازَةِ فَكَانَ الْعِتْقُ بها بِمَنْزِلَةِ هَلَاكِ الْعَبْدِ قبل الْعِلْمِ وَهُنَاكَ تَجِبُ الْقِيمَةُ كَذَا هَهُنَا

وَكَذَا إذَا بَاعَ الشَّيْءَ بِرَقْمِهِ أو رَأْسِ مَالِهِ ولم يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي رَقْمَهُ وَرَأْسَ مَالِهِ فَهُوَ كما إذَا بَاعَ شيئا بِرِبْحِ ده بازده (((يازده))) ولم يَعْلَمْ ما اشْتَرَى بِهِ

وَلَوْ قال بِعْتُكَ قَفِيزًا من هذه الصُّبْرَةِ صَحَّ وَإِنْ كان قَفِيزًا من صُبْرَةٍ مَجْهُولًا لَكِنْ هذه جَهَالَةٌ لَا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّ الصُّبْرَةَ الْوَاحِدَةَ مُتَمَاثِلَةُ الْقُفْزَانِ بِخِلَافِ الشَّاةِ من الْقَطِيعِ وَثَوْبٍ من الْأَرْبَعَةِ لِأَنَّ بين شَاةٍ وَشَاةٍ تَفَاوُتًا فَاحِشًا وَكَذَا بين ثَوْبٍ وَثَوْبٍ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَلَوْ بَاعَ شيئا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ أو بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ وفي الْبَلَدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ انْصَرَفَ إلَى النَّقْدِ الْغَالِبِ لِأَنَّ مُطْلَقَ الِاسْمِ يَنْصَرِفُ إلَى الْمُتَعَارَفِ خُصُوصًا إذَا كان فيه صِحَّةُ الْعَقْدِ وَإِنْ كان في الْبَلَدِ نُقُودٌ غَالِبَةٌ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ لِأَنَّ الثَّمَنَ مَجْهُولٌ إذْ الْبَعْضُ ليس بِأَوْلَى من الْبَعْضِ

وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ أَصْلُ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّ جُمْلَةَ الثَّمَنِ إذَا كانت مَجْهُولَةً عِنْدَ الْعَقْدِ في بَيْعٍ مُضَافٍ إلَى جُمْلَةٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ إلَّا في الْقَدْرِ الذي جَهَالَتُهُ لَا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ

وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْمَبِيعَ لَا يَخْلُو أما إنْ كان من الْمِثْلِيَّاتِ من الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ من غَيْرِهَا من الذَّرْعِيَّاتِ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ وَلَا يَخْلُو أما إنْ سَمَّى جُمْلَةَ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ وَالْعَدَدِ وَالذَّرْعِ في الْبَيْعِ وأما إنْ لم يُسَمِّ أَمَّا الْمَكِيلَاتُ فَإِنْ لم يُسَمِّ جُمْلَتَهَا بِأَنْ قال بِعْتُ مِنْكَ هذه الصُّبْرَةَ كُلَّ قَفِيزٍ منها

بِدِرْهَمٍ لم يَجُزْ الْبَيْعُ إلَّا في قَفِيزٍ منها بِدِرْهَمٍ وَيَلْزَمُ الْبَيْعُ فيه عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَلَا يَجُوزُ في الْبَاقِي إلَّا إذَا عَلِمَ الْمُشْتَرِي جُمْلَةَ الْقُفْزَانِ قبل الِافْتِرَاقِ بِأَنْ كَالَهَا فَلَهُ الْخِيَارُ إنْ شَاءَ أَخَذَ كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ وَإِنْ لم يَعْلَمْ حتى افْتَرَقَا عن الْمَجْلِسِ تَقَرَّرَ الْفَسَادُ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَلْزَمُهُ الْبَيْعُ

فِي كل الصُّبْرَةِ كُلَّ قَفِيزٍ منها بِدِرْهَمٍ سَوَاءً عَلِمَ أو لم يَعْلَمْ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا قال كُلُّ قَفِيزٍ منها بِدِرْهَمَيْنِ أو كُلُّ ثَلَاثَةِ أَقْفِزَةٍ منها بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الْوَزْنُ الذي لَا ضَرَرَ في تَبْعِيضِهِ كَالزَّيْتِ وَتِبْرِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْعَدَدِيُّ الْمُتَقَارِبُ كَالْجَوْزِ وَاللَّوْزِ إذَا لم يُسَمِّ جُمْلَتَهَا
وَأَمَّا الذَّرْعِيَّاتُ فَإِنْ لم يُسَمِّ جُمْلَةَ الذُّرْعَانِ بِأَنْ قال بِعْتُ مِنْك هذا الثَّوْبَ أو هذه الْأَرْضَ أو هذه الْخَشَبَةَ كُلَّ ذِرَاعٍ منها بِدِرْهَمٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ في الْكُلِّ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إلَّا إذَا عَلِمَ الْمُشْتَرِي جُمْلَةَ الذُّرْعَانِ في الْمَجْلِسِ فَلَهُ الْخِيَارُ إنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ وَإِنْ لم يَعْلَمْ حتى إذَا تَفَرَّقَا تَقَرَّرَ الْفَسَادُ
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَجُوزُ الْبَيْعُ في الْكُلِّ وَيَلْزَمُهُ كُلُّ ذِرَاعٍ منه بِدِرْهَمٍ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا قال كُلُّ ذِرَاعَيْنِ بِدِرْهَمَيْنِ أو كُلُّ ثَلَاثَةِ أَذْرُعٍ بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الْعَدَدِيَّاتُ الْمُتَفَاوِتَةُ كَالْأَغْنَامِ وَالْعَبِيدِ بِأَنْ قال بِعْتُ مِنْك هذا الْقَطِيعَ من الْغَنَمِ كُلَّ شَاةٍ منها بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ ولم يُسَمِّ جُمْلَةَ الشِّيَاهِ وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الْوَزْنِيُّ الذي في تَبْعِيضِهِ ضَرَرٌ كَالْمَصُوغِ من الْأَوَانِي وَالْقُلْبِ وَنَحْوِ ذلك
وَجْهُ قَوْلِهِمَا في مَسَائِلِ الْخِلَافِ أَنَّ جُمْلَةَ الْبَيْعِ مَعْلُومَةٌ وَجُمْلَةَ الثَّمَنِ مُمْكِنُ الْوُصُولِ إلَى الْعِلْمِ بِالْكَيْلِ وَالْوَزْنِ وَالْعَدَدِ وَالذَّرْعِ فَكَانَتْ هذه جَهَالَةٌ مُمْكِنَةَ الرَّفْعِ وَالْإِزَالَةِ وَمِثْلُ هذه الْجَهَالَةِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْبَيْعِ كما إذَا بَاعَ بِوَزْنِ هذا الْحَجَرِ ذَهَبًا وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ جُمْلَةَ الثَّمَنِ مَجْهُولَةٌ حَالَةَ الْعَقْدِ جَهَالَةً مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ فَتُوجِبُ فَسَادَ الْعَقْدِ كما إذَا بَاعَ الشَّيْءَ بِرَقْمِهِ وَلَا شَكَّ أَنَّ جَهَالَةَ الثَّمَنِ حَالَةَ الْعَقْدِ مَجْهُولَةٌ لِأَنَّهُ بَاعَ كُلَّ قَفِيزٍ من الصُّبْرَةِ بِدِرْهَمٍ وَجُمْلَةُ الْقُفْزَانِ لَيْسَتْ بِمَعْلُومَةٍ حَالَةَ الْعَقْدِ فَلَا تَكُونُ جُمْلَةُ الثَّمَنِ مَعْلُومَةً ضَرُورَةً وَكَذَلِكَ هذا في الْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ وَالْمَذْرُوعِ
وَقَوْلُهُمَا يُمْكِنُ رَفْعُ هذه الْجَهَالَةِ مُسَلَّمٌ لَكِنَّهَا ثَابِتَةٌ لِلْحَالِ إلَى أَنْ تَرْتَفِعَ وَعِنْدَنَا إذَا ارْتَفَعَتْ في الْمَجْلِسِ يَنْقَلِبُ الْعَقْدُ إلَى الْجَوَازِ لِأَنَّ الْمَجْلِسَ وَإِنْ طَالَ فَلَهُ حُكْمُ سَاعَةِ الْعَقْدِ وَالْبَيْعُ بِوَزْنِ هذا الْحَجَرِ ذَهَبًا مَمْنُوعٌ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَإِنَّمَا اخْتَلَفَ جَوَابُ أبي حَنِيفَةَ بين الْمِثْلِيَّاتِ وَغَيْرِهَا من وَجْهٍ حَيْثُ جَوَّزَ الْبَيْعَ في وَاحِدٍ في بَابِ الْأَمْثَالِ ولم يُجِزْ في غَيْرِهَا أَصْلًا لِأَنَّ الْمَانِعَ من الصِّحَّةِ جَهَالَةُ الثَّمَنِ لِكَوْنِهَا مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ وَجَهَالَةُ قَفِيزٍ من صُبْرَةٍ غَيْرُ مَانِعَةٍ مع الصِّحَّةِ لِأَنَّهَا لَا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ
أَلَا تَرَى لو اشْتَرَى قَفِيزًا من هذه الصُّبْرَةِ ابْتِدَاءً جَازَ فإذا تَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِعُمُومِ كَلِمَةِ { كُلَّ } صُرِفَتْ إلَى الْخُصُوصِ لِأَنَّهُ مُمْكِنٌ على الْأَصْلِ الْمَعْهُودِ في صِيغَةِ الْعَامِّ إذَا تَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِعُمُومِهَا أنها تُصْرَفُ إلَى الْخُصُوصِ عِنْدَ إمْكَانِ الصَّرْفِ إلَيْهِ بِخِلَافِ الْأَشْيَاءِ الْمُتَفَاوِتَةِ لِأَنَّ جَهَالَةَ شَاةٍ من قَطِيعٍ وَذِرَاعٍ من ثَوْبٍ جَهَالَةٌ مُفْضِيَةٌ إلَى الْمُنَازَعَةِ
أَلَا تَرَى أَنَّ بَيْعَ ذِرَاعٍ من ثَوْبٍ وَشَاةٍ من قَطِيعٍ لَا يَجُوزُ ابْتِدَاءً فَتَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِعُمُومِ كَلِمَةِ { كُلَّ } فَفَسَدَ الْبَيْعُ في الْكُلِّ وَلَوْ قال بِعْتُ مِنْكَ هذا الْقَطِيعَ من الْغَنَمِ كُلَّ شَاتَيْنِ بِعِشْرِينَ دِرْهَمًا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ في الْكُلِّ بِالْإِجْمَاعِ
وَإِنْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي عَدَدَ الْجُمْلَةِ في الْمَجْلِسِ وَاخْتَارَ الْبَيْعَ فُرِّقَ بين الْمَعْدُودِ الْمُتَفَاوِتِ وَبَيْنَ الْمَذْرُوعِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ الْمُتَقَارِبِ أَنَّ الْوَاحِدَ والإثنين هُنَاكَ على الِاخْتِلَافِ وإذا عَلِمَ في الْمَجْلِسِ وَاخْتَارَ الْبَيْعَ يَجُوزُ بِلَا خِلَافٍ وَهَهُنَا لَا يَجُوزُ الإثنين بِلَا خِلَافٍ وَإِنْ عَلِمَ وَاخْتَارَ الْبَيْعَ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْمَانِعَ هُنَاكَ جَهَالَةُ الثَّمَنِ وَهِيَ مُحْتَمِلَةُ الِارْتِفَاعِ وَالزَّوَالِ ثَمَّةَ بِالْعِلْمِ في الْمَجْلِسِ فَكَانَ الْمَانِعُ يَحْتَمِلُ الزَّوَالَ وَالْجَهَالَةُ هَهُنَا لَا تَحْتَمِلُ الِارْتِفَاعَ أَصْلًا لِأَنَّ ثَمَّةَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَجْهُولٌ لَا يدري كَمْ هو

وَلَوْ قال بِعْتُ مِنْكَ هذه الصُّبْرَةَ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ ولم يُسَمِّ جُمْلَةَ الصُّبْرَةِ وَلَكِنَّهُ سَمَّى جُمْلَةَ الثَّمَنِ لم يُذْكَرْ هذا في الْأَصْلِ وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَجُوزُ وهو صَحِيحٌ لِأَنَّ الْمَانِعَ جَهَالَةُ الثَّمَنِ ولم تُوجَدْ حَيْثُ سَمَّاهَا وَصَارَتْ تَسْمِيَةُ جُمْلَةِ الثَّمَنِ بِمَنْزِلَةِ تَسْمِيَةِ جُمْلَةِ الْمَبِيعِ وَلَوْ سَمَّى جُمْلَةَ الْمَبِيعِ لَجَازَ على ما نَذْكُرُهُ كَذَا هذا

هذا الذي ذَكَرْنَا إذَا لم يُسَمِّ جُمْلَةَ الْمَبِيعِ من الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ وَالْمَذْرُوعَاتِ وَالْمَعْدُودَاتِ فَأَمَّا إذَا سماها (((أسماها))) بِأَنْ قال بِعْتُ مِنْكَ هذه الصُّبْرَةَ على أنها مِائَةُ قَفِيزٍ كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ أو قال على أنها مِائَةُ قَفِيزٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ سَمَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ من الْقُفْزَانِ ثَمَنًا على حِدَةٍ أو سَمَّى لِلْكُلِّ ثَمَنًا وإحداهما سَوَاءٌ فَلَا شَكَّ في جَوَازِ الْبَيْعِ لِأَنَّ جُمْلَةَ البيع (((المبيع))) مَعْلُومَةٌ وَجُمْلَةَ الثَّمَنِ

(5/159)

مَعْلُومَةٌ ثُمَّ إنْ وَجَدَهَا كما سَمَّى فَالْأَمْرُ مَاضٍ وَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي وَإِنْ وَجَدَهَا أَزْيَدَ من مِائَةِ قَفِيزٍ فَالزِّيَادَةُ لَا تُسَلَّمُ لِلْمُشْتَرِي بَلْ تُرَدُّ إلَى الْبَائِعِ وَلَا يَكُونُ لِلْمُشْتَرِي إلَّا قَدْرُ ما سَمَّى وهو مِائَةُ قَفِيزٍ وَلَا خِيَارَ له وَإِنْ وَجَدَهَا أَقَلَّ من مِائَةِ قَفِيزٍ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِحِصَّتِهَا من الثَّمَنِ وَطَرَحَ حِصَّةَ النُّقْصَانِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهَا وَأَصْلُ هذا أَنَّ الزِّيَادَةَ فِيمَا لَا ضَرَرَ في تَبْعِيضِهِ لَا تَجْرِي مَجْرَى الصِّفَةِ بَلْ هِيَ أَصْلٌ فَلَا بُدَّ وَأَنْ يُقَابِلَهُ الثَّمَنُ وَلَا ثَمَنَ لِلزِّيَادَةِ فَلَا يَدْخُلُ في الْبَيْعِ فَكَانَ مِلْكَ الْبَائِعِ فَيُرَدُّ إلَيْهِ وَالنُّقْصَانُ فيه نُقْصَانُ الْأَصْلِ لَا نُقْصَانُ الصِّفَةِ فإذا وَجَدَهَا أَنْقَصَ مِمَّا سَمَّى نَقَصَ من الثَّمَنِ حِصَّةَ النُّقْصَانِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَفَرَّقَتْ عليه لِأَنَّهَا وَقَعَتْ على مِائَةِ قَفِيزٍ ولم تُسَلَّمْ له فَأَوْجَبَ خَلَلًا في الرِّضَا فَيَثْبُتُ له خِيَارُ التَّرْكِ وَكَذَا الْجَوَابُ في الْمَوْزُونَاتِ التي ليس في تَنْقِيصِهَا ضَرَرٌ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ فيها لَا تَجْرِي مَجْرَى الصِّفَةِ بَلْ هِيَ أَصْلٌ بِنَفْسِهَا وَكَذَلِكَ الْمَعْدُودَاتُ الْمُتَقَارِبَةُ

وَأَمَّا الْمَذْرُوعَاتُ من الثَّوْبِ وَالْأَرْضِ وَالْخَشَبِ وَغَيْرِهَا

فَإِنْ سمي لِجُمْلَةِ الذُّرْعَانِ ثَمَنًا وَاحِدًا ولم يُسَمِّ لِكُلِّ ذِرَاعٍ منها على حِدَةٍ بِأَنْ قال بِعْتُ مِنْكَ هذا الثَّوْبَ على أَنَّهُ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ لِأَنَّ الْمَبِيعَ وَثَمَنَهُ مَعْلُومَانِ ثُمَّ إنْ وَجَدَهُ مِثْلَ ما سَمَّى لَزِمَهُ الثَّوْبُ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَلَا خِيَارَ له وَإِنْ وَجَدَهُ أَحَدَ عَشَرَ ذِرَاعًا فَالزِّيَادَةُ سَالِمَةٌ لِلْمُشْتَرِي وَإِنْ وَجَدَهُ تِسْعَةَ أَذْرُعٍ لَا يَطْرَحُ لِأَجْلِ النُّقْصَانِ شيئا من الثَّمَنِ وهو بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ فَرْقٌ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ التي ليس في تَنْقِيصِهَا ضَرَرٌ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ زِيَادَةَ الذَّرْعِ في الذَّرْعِيَّاتِ جَارِيَةٌ مَجْرَى الصِّفَةِ كَصِفَةِ الْجَوْدَةِ وَالْكِتَابَةِ وَالْخِيَاطَةِ وَنَحْوِهَا وَالثَّمَنُ يُقَابِلُ الْأَصْلَ لَا الصِّفَةَ وَالدَّلِيلُ على أنها جَارِيَةٌ مَجْرَى الصِّفَةِ إن وُجُودَهَا يُوجِبُ جَوْدَةً في الْبَاقِي وَفَوَاتَهَا يَسْلُبُ صِفَةَ الْجَوْدَةِ وَيُوجِبُ الرَّدَاءَةَ فَتُلْحَقُ الزِّيَادَةُ بِالْجَوْدَةِ وَالنُّقْصَانُ بِالرَّدَاءَةِ حُكْمًا وَالْجَوْدَةُ وَالرَّدَاءَةُ صِفَةٌ وَالصِّفَةُ تُرَدُّ على الْأَصْلِ دُونَ الصِّفَةِ إلَّا أَنَّ الصِّفَةَ تُمْلَكُ تَبَعًا لِلْمَوْصُوفِ لِكَوْنِهَا تَابِعَةً قَائِمَةً بِهِ فإذا زَادَ صَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ رَدِيئًا فإذا هو جَيِّدٌ كما إذَا اشْتَرَى عَبْدًا على أَنَّهُ ليس بِكَاتِبٍ أو ليس بِخَيَّاطٍ فَوَجَدَهُ

كَاتِبًا أو خَيَّاطًا أو اشْتَرَى عَبْدًا على أَنَّهُ أَعْوَرُ فَوَجَدَهُ سَلِيمَ الْعَيْنَيْنِ أو اشْتَرَى جَارِيَةً على أنها ثَيِّبٌ فَوَجَدَهَا بِكْرًا تُسَلَّمُ له وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ كَذَا هذا
وإذا نَقَصَ صَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ على أَنَّهُ جَيِّدٌ فَوَجَدَهُ رَدِيئًا أو اشْتَرَى عَبْدًا على أَنَّهُ كَاتِبٌ أو خَبَّازٌ أو صَحِيحُ الْعَيْنَيْنِ فَوَجَدَهُ غير كَاتِبٍ وَلَا خَبَّازٍ وَلَا صَحِيحَ الْعَيْنَيْنِ أو اشْتَرَى جَارِيَةً على أنها بِكْرٌ فَوَجَدَهَا ثَيِّبًا لَا يَطْرَحُ شيئا من الثَّمَنِ لَكِنْ يَثْبُتُ له الْخِيَارُ كَذَا هذا بِخِلَافِ الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ التي لَا ضَرَرَ فيها إذَا نَقَصَتْ وَالْمَعْدُودَاتِ الْمُتَقَارِبَةِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ فيها غَيْرُ مُلْحَقَةٍ بِالْأَوْصَافِ لِأَنَّهَا أَصْلٌ بِنَفْسِهَا حَقِيقَةً وَالْعَمَلُ بِالْحَقِيقَةِ وَاجِبٌ ما أَمْكَنَ إلَّا أنها أُلْحِقَتْ بِالصِّفَةِ في الْمَذْرُوعَاتِ وَنَحْوِهَا لِأَنَّ وُجُودَهَا يُوجِبُ الْجَوْدَةَ وَالْكَمَالَ لِلْبَاقِي وَفَوَاتَهَا يُوجِبُ النُّقْصَانَ وَالرَّدَاءَةَ له وَهَذَا الْمَعْنَى هَهُنَا مُنْعَدِمٌ فَبَقِيَتْ أَصْلًا بِنَفْسِهَا حَقِيقَةً وَإِنْ سَمَّى لِكُلِّ ذِرَاعٍ منها ثَمَنًا على حِدَةٍ بِأَنْ قال بِعْتُ مِنْكَ هذا الثَّوْبَ على أَنَّهُ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ كُلَّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ لِمَا قُلْنَا ثُمَّ إنْ وَجَدَهُ مِثْلَ ما سَمَّى فَالْأَمْرُ مَاضٍ وَلَزِمَهُ الثَّوْبُ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ وَإِنْ وَجَدَهُ أَحَدَ عَشَرَ ذِرَاعًا فَهُوَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ كُلَّهُ بِأَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ وَإِنْ وَجَدَهُ تِسْعَةَ أَذْرُعٍ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ طَرَحَ حِصَّةَ النُّقْصَانِ دِرْهَمًا وَأَخَذَهُ بِتِسْعَةِ دَرَاهِمَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ عليه وَهَذَا يُشْكِلُ على الْأَصْلِ الذي ذَكَرْنَا أَنَّ زِيَادَةَ الذَّرْعِ في المزروعات (((المذروعات))) تَجْرِي مَجْرَى الصِّفَةِ لها لِأَنَّ الثَّمَنَ يُقَابِلُ الْأَصْلَ دُونَ الْوَصْفِ فَيَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ سَالِمَةً لِلْمُشْتَرِي وَلَا خِيَارَ له وَلَا يَطْرَحُ لِأَجْلِ النُّقْصَانِ شيئا كما في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الثَّمَنَ يُقَابِلُ الْأَصْلَ دُونَ الصِّفَةِ بِمَنْزِلَةِ زِيَادَةِ الْجَوْدَةِ وَنُقْصَانِ الرَّدَاءَةِ على ما ذَكَرْنَا
وَحَلُّ هذا الْإِشْكَالِ أَنَّ الذَّرْعَ في المزروعات (((المذروعات))) إنَّمَا يَجْرِي مَجْرَى الصِّفَةِ على الْإِطْلَاقِ إذَا لم يُفْرِدْ كُلَّ ذِرَاعٍ بِثَمَنٍ على حِدَةٍ فإما إذَا أَفْرَدَ بِهِ فَلَا يَجْرِي مَجْرَى الصِّفَةِ مُطْلَقًا بَلْ يَكُونُ أَصْلًا من وَجْهٍ وَصِفَةً من وَجْهٍ فَمِنْ حَيْثُ أن التَّبْعِيضَ فيها يُوجِبُ تعيب (((تعييب))) الْبَاقِي كانت الزِّيَادَةُ صِفَةً بِمَنْزِلَةِ صِفَةِ الْجَوْدَةِ وَمِنْ حَيْثُ إنَّهُ سَمَّى لِكُلِّ ذِرَاعٍ ثَمَنًا على حِدَةٍ كان كُلُّ ذِرَاعٍ مَعْقُودًا عليه فَكَانَتْ الزِّيَادَةُ أَصْلًا من وَجْهٍ صِفَةً من وَجْهٍ فَمِنْ حَيْثُ إنَّهَا صِفَةٌ كانت لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّ الثَّمَنَ يُقَابِلُ الْأَصْلَ

لَا الصِّفَةَ وَإِنَّمَا يَدْخُلُ في الْبَيْعِ تَبَعًا على ما بَيَّنَّا
وَمِنْ حَيْثُ إنَّهَا أَصْلٌ لَا يُسَلَّمُ له إلَّا بِزِيَادَةِ ثَمَنٍ اعْتِبَارًا لِلْجِهَتَيْنِ جميعا بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ فَلَهُ الْخِيَارُ في أَخْذِ الزِّيَادَةِ وَتَرْكِهَا لِأَنَّهُ لو لَزِمَهُ الْأَخْذُ لَا مَحَالَةَ يَلْزَمُهُ زِيَادَةُ ثَمَنٍ لم يَكُنْ لُزُومُهَا ظَاهِرًا عِنْدَ الْعَقْدِ وَاخْتَلَّ رِضَاهُ فَوَجَبَ الْخِيَارُ
وفي النُّقْصَانِ إنْ شَاءَ طَرَحَ قَدْرَ النُّقْصَانِ وَأَخَذَ الْبَاقِيَ اعْتِبَارًا لِجِهَةِ الْأَصَالَةِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَفَرَّقَتْ عليه وَأَوْجَبَ خَلَلًا في الرِّضَا وَذَا يُوجِبُ الْخِيَارَ
هذا إذَا كانت الزِّيَادَةُ وَالنُّقْصَانُ ذِرَاعًا تَامًّا فإما إذَا كانت دُونَ ذِرَاعٍ لم يُذْكَرْ هذا في ظَاهِرِ الرِّوَايَاتِ
وَذُكِرَ في غَيْرِ رِوَايَةِ الْأُصُولِ اخْتِلَافُ أَقَاوِيلِ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ في كَيْفِيَّةِ الْخِيَارِ

فيه فَأَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فَرَّقَا بين الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ غير أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ جَعَلَ زِيَادَةَ نِصْفِ ذِرَاعٍ بِمَنْزِلَةِ زِيَادَةِ ذِرَاعٍ كَامِلٍ فقال إنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِأَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ وَجَعَلَ نُقْصَانَ ذِرَاعٍ كَلَا نُقْصَانَ لَكِنْ جَعَلَ له الْخِيَارَ فقال إنْ شَاءَ أَخَذَهُ بعرة (((بعشرة))) دَرَاهِمَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ وَلَا يَطْرَحُ من الثَّمَنِ شيئا لِأَجْلِ النُّقْصَانِ وَمُحَمَّدٌ جَعَلَ على الْقَلْبِ من ذلك فَجَعَلَ زِيَادَةَ نِصْفِ ذِرَاعٍ كَلَا زِيَادَةَ فقال يَأْخُذُ الْمُشْتَرِي بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَلَا خِيَارَ له وَجَعَلَ نُقْصَانَ نِصْفِ ذِرَاعٍ كَنُقْصَانِ ذِرَاعٍ كَامِلٍ وقال إنْ شَاءَ أَخَذَ بِتِسْعَةِ دَرَاهِمَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ
وَأَمَّا أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَسَوَّى بين الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ
فقال في زِيَادَةِ نِصْفِ ذِرَاعٍ يُزَادُ على الثَّمَنِ نِصْفُ دِرْهَمٍ وَلَهُ الْخِيَارُ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَنِصْفٍ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ
وقال في نُقْصَانِ نِصْفِ ذِرَاعٍ يَنْقُصُ من الثَّمَنِ نِصْفَ دِرْهَمٍ وَلَهُ الْخِيَارُ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِتِسْعَةِ دَرَاهِمَ وَنِصْفٍ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ
وَالْقِيَاسُ ما قَالَهُ أبو يُوسُفَ وهو اعْتِبَارُ الْجُزْءِ بِالْكُلِّ إلَّا أَنَّهُمَا كَأَنَّهُمَا اسْتَحْسَنَا لِتَعَامُلِ الناس
فَجَعَلَ أبو حَنِيفَةَ زِيَادَةَ نِصْفِ ذِرَاعٍ بِمَنْزِلَةِ ذِرَاعٍ تَامٍّ وَنُقْصَانَ نِصْفِ ذِرَاعٍ كَلَا نُقْصَانَ
لِأَنَّ الناس في الْعَادَاتِ في بِيَاعَاتِهِمْ وَأَشْرِيَتِهِمْ لَا يَعُدُّونَ نُقْصَانَ نِصْفِ ذِرَاعٍ نُقْصَانًا بَلْ يَحْسِبُونَهُ ذِرَاعًا تَامًّا فَبَنَى الْأَمْرَ في ذلك على تَعَامُلِ الناس
وَجَعَلَ مُحَمَّدٌ الْأَمْرَ في ذلك على الْقَلْبِ من ذلك لِمَا أَنَّ الْبَاعَةَ يُسَامِحُونَ في زِيَادَةِ نِصْفٍ على الْقَدْرِ الْمُسَمَّى في الْبَيْعِ عَادَةً وَلَا يَعُدُّونَهُ زِيَادَةً فَكَانَتْ تِلْكَ الزِّيَادَةُ مُلْحَقَةً بِالْعَدَمِ عَادَةً كَأَنَّهُ لم يَزِدْ وَكَذَا يُسَامِحُونَ فَيَعُدُّونَ نُقْصَانَ نِصْفِ ذِرَاعٍ في الْعَادَاتِ نُقْصَانَ ذِرَاعٍ كَامِلٍ فَتَرَكْنَا الْقِيَاسَ بِتَعَامُلِ الناس وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ اخْتِلَافُ جَوَابِهِمَا لِاخْتِلَافِ عَادَاتِ الناس وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا جَمِيعُ المزروعات (((المذروعات))) من الْأَرْضِ وَالْخَشَبِ وَغَيْرِهِمَا أَنَّهُ إنْ لم يُسَمِّ لِكُلِّ ذِرَاعٍ ثَمَنًا بِأَنْ قال بِعْتُ مِنْكَ هذه الْأَرْضَ على أنها أَلْفُ ذِرَاعٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ لِمَا قُلْنَا
ثُمَّ إنْ وَجَدَهَا مِثْلَ ما سَمَّى فَالْأَمْرُ مَاضٍ وَيَلْزَمُهُ الْأَرْضُ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ وَإِنْ وَجَدَهَا أَزْيَدَ فَالزِّيَادَةُ سَالِمَةٌ له وَلَا خِيَارَ وَإِنْ وَجَدَهَا أَنْقَصَ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ زِيَادَةَ الذَّرْعِ في الذَّرْعِيَّاتِ جَارِيَةٌ مَجْرَى الصِّفَاتِ وَالثَّمَنُ يُقَابِلُ الْأَصْلَ دُونَ الصِّفَةِ وَإِنْ سَمَّى لِكُلِّ ذِرَاعٍ ثَمَنًا على حِدَةٍ بِأَنْ قال كُلُّ ذِرَاعٍ بِكَذَا فَالْبَيْعُ جَائِزٌ لِمَا ذَكَرْنَا ثُمَّ إنْ وَجَدَهَا مِثْلَ ما سَمَّى فَالْأَمْرُ مَاضٍ وَإِنْ وَجَدَهَا أَزْيَدَ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ الزِّيَادَةَ بِثَمَنِهَا وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ زِيَادَةُ ثَمَنٍ لم يَلْتَزِمْهُ لِذَا الْعَقْدِ وَإِنْ وَجَدَهُ أَنْقَصَ تَسْقُطْ حِصَّتُهُ من الثَّمَنِ وَلَهُ الْخِيَارُ لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ على ما ذَكَرْنَا في الثَّوْبِ
وَعَلَى هذا الْخَشَبُ وَغَيْرُهُ من الذَّرْعِيَّاتِ وَعَلَى هذا الْمَوْزُونَاتُ التي في تَبْعِيضِهَا ضَرَرٌ بِأَنْ قال بِعْتُ مِنْكَ هذه السَّبِيكَةَ من الذَّهَبِ على أنها مِثْقَالَانِ بِكَذَا فَالْبَيْعُ جَائِزٌ
ثُمَّ إنْ وُجِدَ على ما سَمَّى فَالْأَمْرُ مَاضٍ وَإِنْ وَجَدَهُ أَزْيَدَ أو أَنْقَصَ فَهُوَ على التَّفْصِيلِ الذي ذَكَرْنَا في الذَّرْعِيَّاتِ
وَعَلَى هذا إذَا بَاعَ مَصُوغًا من نُحَاسٍ أو صُفْرٍ أو ما أَشْبَهَ ذلك على أَنَّ فيه كَذَا مَنًّا بِكَذَا دِرْهَمًا فَوَجَدَهُ أَكْثَرَ أو أَقَلَّ فَهُوَ على التَّفْصِيلِ الذي ذَكَرْنَا لِأَنَّ الْوَزْنَ في مِثْلِهِ يَكُونُ مُلْحَقًا بِالصِّفَةِ بِمَنْزِلَةِ الذَّرْعِ في الذَّرْعِيَّاتِ لِأَنَّ تَبْعِيضَهُ يُوجِبُ

تَعْيِيبَ الْبَاقِي وَهَذَا حَدُّ الصَّفَقَةِ في هذا الْبَابِ
وَلَوْ بَاعَ مَصُوغًا من الْفِضَّةِ على أَنَّ وَزْنَهُ مِائَةٌ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ ولم يُسَمِّ لِكُلِّ عَشَرَةٍ ثمناعلى حِدَةٍ بِأَنْ قال بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ ولم يَقُلْ كُلَّ

وَزْنِ عَشَرَةٍ بِدِينَارٍ وَتَقَابَضَا وَافْتَرَقَا فَالْبَيْعُ جَائِزٌ
ثُمَّ إنْ وَجَدَهُ على ما سَمَّى فَالْأَمْرُ مَاضٍ وَلَا خِيَارَ وَإِنْ وَجَدَهُ أَزْيَدَ بِأَنْ كان مِائَتَيْ دِرْهَمٍ مَثَلًا فَالْكُلُّ لِلْمُشْتَرِي بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ وَلَا يُزَادُ في الثَّمَنِ شَيْءٌ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ فيه بِمَنْزِلَةِ الصِّفَةِ وَالصِّفَاتُ الْمَحْضَةُ لَا يُقَابِلُهَا الثَّمَنُ وَإِنْ وَجَدَهُ تِسْعِينَ أو ثَمَانِينَ فَهُوَ بِالْخِيَارِ على ما ذَكَرْنَا وَإِنْ سَمَّى لِكُلِّ عَشَرَةٍ ثَمَنًا على حِدَةٍ بِأَنْ قال بِعْتُ مِنْكَ على أَنَّ وَزْنَهُ مِائَةٌ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ كُلَّ وَزْنِ عَشَرَةٍ بِدِينَارٍ وَتَقَابَضَا فَالْبَيْعُ جَائِزٌ ثُمَّ إنْ وَجَدَهُ على ما سَمَّى فَالْأَمْرُ مَاضٍ وَلَا خِيَارَ وَإِنْ وَجَدَ وَزْنَهُ أَزْيَدَ بِأَنْ كان مِائَةً وَخَمْسِينَ نُظِرَ في ذلك إنْ عَلِمَ ذلك قبل التَّفَرُّقِ فَلَهُ الْخِيَارُ إنْ شَاءَ زَادَ في الثَّمَنِ خَمْسَةَ دَنَانِيرَ وَأَخَذَ كُلَّهُ بِخَمْسَةَ عَشَرَ دِينَارًا وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِأَنَّ سَاعَاتِ الْمَجْلِسِ لها حُكْمُ سَاعَةِ الْعَقْدِ
وَإِنْ عَلِمَ بَعْدَ الفرق (((التفرق))) بَطَلَ الْبَيْعُ في ثُلُثِ الْمَصُوغِ لِانْعِدَامِ التَّقَابُضِ فيه وَلَهُ الْخِيَارُ في الْبَاقِي إنْ شَاءَ رضي بِهِ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ الْكُلَّ وَاسْتَرَدَّ الدَّنَانِيرَ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ في الْأَعْيَانِ عَيْبٌ
وَإِنْ وَجَدَ وَزْنَهُ خَمْسِينَ وَعَلِمَ ذلك قبل التَّفَرُّقِ أو بَعْدَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ إنْ شَاءَ رَدَّهُ وَإِنْ شَاءَ رضي بِهِ وَاسْتَرَدَّ من الثَّمَنِ خَمْسَةَ دَنَانِيرَ وَكَذَلِكَ لو بَاعَ مَصُوغًا من ذَهَبٍ بِدَرَاهِمَ فَهُوَ على هذا التَّفْصِيلِ
وَلَوْ بَاعَ مَصُوغًا من الْفِضَّةِ بِجِنْسِهَا أو بَاعَ مَصُوغًا من الذَّهَبِ بِجِنْسِهِ مِثْلَ وَزْنِهِ على أَنَّ وَزْنَهُ مِائَةٌ بِمِائَةٍ ثُمَّ وَجَدَهُ أَزْيَدَ مِمَّا سَمَّى فَإِنْ عَلِمَ بِالزِّيَادَةِ قبل التَّفَرُّقِ فَلَهُ الْخِيَارُ إنْ شَاءَ زَادَ في الثَّمَنِ قَدْرَ وَزْنِ الزِّيَادَةِ وَأَخَذَ الْكُلَّ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِأَنَّ الْمَجْلِسَ له حُكْمُ حَالَةِ الْعَقْدِ
وَإِنْ عَلِمَ بها بَعْدَ التَّفَرُّقِ بَطَلَ الْبَيْعُ في الزِّيَادَةِ لِأَنَّ التَّقَابُضَ شَرْطُ بَقَاءِ الصَّرْفِ على الصِّحَّةِ ولم يُوجَدْ في قَدْرِ الزِّيَادَةِ وَإِنْ وَجَدَ أَقَلَّ مِمَّا سَمَّى فَلَهُ الْخِيَارُ إنْ شَاءَ رضي بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ وَاسْتَرَدَّ فَضْلَ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ الْكُلَّ وَاسْتَرَدَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ سَوَاءٌ سَمَّى الْجُمْلَةَ أو سَمَّى لِكُلِّ وَزْنِ درهم (((درهما))) دِرْهَمًا لِأَنَّ عِنْدَ اتِّحَادِ الْوَزْنِ وَالْجِنْسِ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ إلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ فَصَارَ كَأَنَّهُ سَمَّى ذلك وَإِنْ لم يُسَمِّ حَقِيقَةً إلَّا الْجُمْلَةَ
وَأَمَّا الْعَدَدِيَّاتُ الْمُتَفَاوِتَةُ كَالْغَنَمِ وَالْعَبِيدِ وَنَحْوِهَا بِأَنْ قال بِعْتُ مِنْكَ هذا الْقَطِيعَ من الْغَنَمِ على أنها مِائَةُ شَاةٍ بِكَذَا فَإِنْ وَجَدَهُ على ما سَمَّى فَالْبَيْعُ جَائِزٌ وَإِنْ وَجَدَهُ أَزْيَدَ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ في الْكُلِّ سَوَاءٌ ذَكَرَ لِلْكُلِّ ثَمَنًا وَاحِدًا بِأَنْ قال بِعْتُ مِنْكَ هذا الْقَطِيعَ على أنها مِائَةُ شَاةٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ أو ذَكَرَ لِكُلِّ شَاةٍ فيها ثَمَنًا على حِدَةٍ بِأَنْ قال كُلَّ شَاةٍ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ لِأَنَّ كُلَّ شَاةٍ أَصْلٌ في كَوْنِهَا مَعْقُودًا عليها وَالزِّيَادَةُ لم تَدْخُلْ تَحْتَ الْعَقْدِ لِأَنَّهُ لَا يُقَابِلُهَا ثَمَنٌ فلم تَكُنْ مَبِيعَةً وَهِيَ مَجْهُولَةٌ فَكَانَ الْبَاقِي مَجْهُولًا ضَرُورَةَ جَهَالَةِ الزِّيَادَةِ فَيَصِيرُ بَائِعًا مِائَةَ شَاةٍ من مِائَةِ شَاةٍ وَوَاحِدَةٍ فَكَانَ الْمَبِيعُ مَجْهُولًا وَجَهَالَةُ الْمَبِيعِ تَمْنَعُ صِحَّةَ الْبَيْعِ سَمَّى له ثَمَنًا أو لم يُسَمِّ وَإِنْ وَجَدَهُ أَقَلَّ مِمَّا سَمَّى فَإِنْ كان لم يسمى

(((يسم))) لِكُلِّ وَاحِدَةٍ منها ثَمَنًا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ لِأَنَّ الثَّمَنَ مَجْهُولٌ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إلَى طَرْحِ ثَمَنِ شَاةٍ وَاحِدَةٍ من جُمْلَةِ الثَّمَنِ الْمُسَمَّى وهو مَجْهُولُ التَّفَاوُتِ فَاحِشٌ بين شَاةٍ وَشَاةٍ فَصَارَ ثَمَنُ الْبَاقِي مَجْهُولًا ضَرُورَةَ جَهَالَةِ حِصَّةِ الشَّاةِ النَّاقِصَةِ

وَإِنْ سَمَّى لِكُلِّ وَاحِدَةٍ منها ثَمَنًا على حِدَةٍ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ بِحِصَّةِ الْبَاقِي منها لِأَنَّ حِصَّتَهُ الزَّائِدَةَ مَعْلُومَةٌ وَحِصَّةُ الْبَاقِي معلوم (((معلومة))) فَالْفَسَادُ من أَيْنَ من أَصْحَابِنَا من قال هذا مَذْهَبُهُمَا فَأَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ في الْكُلِّ بِنَاءً على أَنَّ الْمَذْهَبَ عِنْدَهُ أَنَّ الصَّفْقَةَ إذَا أُضِيفَتْ إلَى ما يَحْتَمِلُ الْعَقْدَ وإلا (((وإلى))) ما لَا يَحْتَمِلُهُ فَالْفَسَادُ يَشِيعُ في الْكُلِّ وَأَكْثَرُ أَصْحَابِنَا على أَنَّ هذا بِلَا خِلَافٍ وَهَكَذَا ذُكِرَ في الْأَصْلِ ولم يُذْكَرْ الْخِلَافُ وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْعَقْدَ الْمُضَافَ إلَى مَوْجُودٍ يَجُوزُ أَنْ يَفْسُدَ لِمَعْنًى يُوجِبُ الْفَسَادَ ثُمَّ يَتَعَدَّى الْفَسَادُ إلَى غَيْرِهِ

وَأَمَّا الْمَعْدُومُ فَلَا يَحْتَمِلُ الْعَقْدَ أَصْلًا لِأَنَّهُ ليس بِشَيْءٍ فَلَا يُوصَفُ الْعَقْدُ الْمُضَافُ إلَيْهِ بِالْفَسَادِ لِيَتَعَدَّى إلَى غَيْرِهِ بَلْ لم تَصِحَّ الْإِضَافَةُ إلَيْهِ فَيَبْقَى مُضَافًا إلَى الْمَوْجُودِ فَيَصِحَّ لَكِنْ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ إنْ شَاءَ أَخَذَ الْبَاقِيَ بِمَا سَمَّى من الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ عليه

وَعَلَى هذا جَمِيعُ الْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ وَلَوْ قال بِعْتُ مِنْكَ هذا الْقَطِيعَ من الْغَنَمِ على أنها مِائَةٌ كُلَّ شَاتَيْنِ منها بِعِشْرِينَ دِرْهَمًا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ وَإِنْ وَجَدَهُ على ما سَمَّى لِأَنَّ ثَمَنَ كل وَاحِدَةٍ من الشَّاتَيْنِ مَجْهُولٌ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِفُ حِصَّةَ كل شَاةٍ منها من الثَّمَنِ إلَّا بَعْدَ ضَمِّ شَاةٍ أُخْرَى إلَيْهَا وَلَا يَعْلَمُ أَيَّةَ شَاةٍ يَضُمُّ إلَيْهَا لِيَعْلَمَ حِصَّتَهَا لِأَنَّهُ إنْ ضَمَّ إلَيْهَا أَرْدَأَ منها كانت حِصَّتُهَا أَكْثَرَ وَإِنْ ضَمَّ إلَيْهَا أَجْوَدَ منها كانت حِصَّتُهَا أَقَلَّ لِذَلِكَ فَسَدَ الْبَيْعُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَنْ بَاعَ عَشَرَةَ أَذْرُعٍ من مِائَةِ ذِرَاعٍ من هذه الدَّارِ أو من هذا الْحَمَّامِ أو من هذه الْأَرْضِ أَنَّ الْبَيْعَ فَاسِدٌ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ جَائِزٌ

وَلَوْ بَاعَ عَشَرَةَ أَسْهُمٍ من مِائَةِ سَهْمٍ جَازَ بِالْإِجْمَاعِ وَالْكَلَامُ فيه يَرْجِعُ إلَى مَعْرِفَةِ مَعْنَى الذِّرَاعِ فَقَالَا إنَّهُ اسْمٌ في الْعُرْفِ لِلسَّهْمِ الشَّائِعِ وَلَوْ بَاعَ عَشَرَةَ أَسْهُمٍ من مِائَةِ سَهْمٍ من هذه الْأَشْيَاءِ جَازَ فَكَذَا هذا

وأبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يقول الذِّرَاعُ في الْحَقِيقَةِ اسْمٌ لِمَا يُذْرَعُ بِهِ وَإِنَّمَا سُمِّيَ الْمَذْرُوعُ ذِرَاعًا مَجَازًا اطلاقا لِاسْمِ الْفِعْلِ على الْمَفْعُولِ فَكَانَ

بَيْعُ عَشَرَةِ أَذْرُعٍ من دَارٍ مَعْنَاهُ بَيْعُ قَدْرِ عَشَرَةِ أَذْرُعٍ مِمَّا يَحِلُّهُ الذِّرَاعُ الْحَقِيقِيُّ لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ إلَّا مَحَلًّا مُعَيَّنًا فَكَانَ الْمَبِيعُ قَدْرَ عَشَرَةِ أَذْرُعٍ مُعَيَّنٌ من الدَّارِ وهو الذي يَحِلُّهُ الذِّرَاعُ الْحَقِيقِيُّ وَذَلِكَ مَجْهُولٌ في نَفْسِهِ قبل الْحُلُولِ فَكَانَ الْمَبِيعُ مَجْهُولًا جَهَالَةً مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ فَيُوجِبُ فَسَادَ الْبَيْعِ بِخِلَافِ السَّهْمِ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِلشَّائِعِ وهو جُزْءٌ مَعْلُومٌ من الثُّلُثِ وَالرُّبُعِ وَالْعُشْرِ وَنَحْوِ ذلك فَبَيْعُ عَشَرَةِ أَسْهُمٍ من مِائَةِ سَهْمٍ من الدَّارِ هو بَيْعُ عَشَرَةِ أَجْزَاءٍ من مِائَةِ جُزْءٍ منها وهو عُشْرُهَا فَقَدْ بَاعَ جزأ مَعْلُومًا منها فَيَجُوزُ بِخِلَافِ الذِّرَاعِ فإن قَدْرَ عَشَرَةِ أَذْرُعٍ لَا يَصِيرُ مَعْلُومًا إلَّا بِالْحُلُولِ على ما مَرَّ فَقَبْلَهُ يَكُونُ مَجْهُولًا فَكَانَ الْمَبِيعُ

مَجْهُولًا فلم يَصِحَّ فَوَضَحَ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا لِأَبِي حَنِيفَةَ
وَعَلَى هذا يُخَرَّج ضَرْبَةُ الْغَائِصِ وهو أَنْ يَقُولَ الْغَائِصُ لِلتَّاجِرِ أَغُوصُ لَك غَوْصَةً فما أَخْرَجْته فَهُوَ لَك بِكَذَا وهو فَاسِدٌ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مجهولا (((مجهول)))
وَرُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ نهى عن ضَرْبَةِ الْغَائِصِ وَعَلَى هذا يَخْرُجُ أَجْنَاسُ هذه الْمَسَائِلِ وَبَيْعُ رَقَبَةِ الطَّرِيقِ وَهِبَتُهُ مُنْفَرِدًا جَائِزٌ وَبَيْعُ مَسِيلِ الْمَاءِ وَهِبَتُهُ مُنْفَرِدًا فَاسِدٌ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الطَّرِيقَ مَعْلُومُ الطُّولِ وَالْعَرْضِ فَكَانَ الْمَبِيعُ مَعْلُومًا فَجَازَ بَيْعُهُ بِخِلَافِ الْمَسِيلِ فإنه مَجْهُولُ الْقَدْرِ لِأَنَّ الْقَدْرَ الذي يَشْغَلُ الْمَاءَ من النَّهْرِ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَكَانَ الْمَبِيعُ مَجْهُولًا فلم يَجُزْ
وَأَمَّا الْعِلْمُ بِأَوْصَافِ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ فَهَلْ هو شَرْطٌ لِصِحَّةِ الْبَيْعِ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالذَّاتِ وَالْجَهْلُ بها هل هو مَانِعٌ من الصِّحَّةِ
قال أَصْحَابُنَا ليس بِشَرْطِ الصِّحَّةِ وَالْجَهْلُ بها ليس بِمَانِعٍ من الصِّحَّةِ لَكِنَّهُ شَرْطُ اللُّزُومِ فَيَصِحُّ بَيْعُ ما لم يَرَهُ الْمُشْتَرِي لَكِنَّهُ لَا يَلْزَمُ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ كَوْنُ الْمَبِيعِ مَعْلُومَ الذَّاتِ وَالصِّفَةِ من شَرَائِطِ الصِّحَّةِ حتى لَا يَجُوزَ بَيْعُ ما لم يَرَهُ الْمُشْتَرِي عِنْدَهُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ جَهَالَةَ الذَّاتِ إنَّمَا مَنَعَتْ صِحَّةَ الْعَقْدِ لِإِفْضَائِهَا إلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّ الْأَعْيَانَ تَخْتَلِفُ رَغَبَاتُ الناس فيها لِاخْتِلَافِ مَالِيَّتِهَا فَالْبَائِعُ إذَا سَلَّمَ عَيْنًا فَمِنْ الْجَائِزِ أَنْ يَطْلُبَ الْمُشْتَرِي عَيْنًا أُخْرَى أَجْوَدَ منها بِاسْمِ الْأُولَى فَيَتَنَازَعَانِ وَجَهَالَةُ الْوَصْفِ مُفْضِيَةٌ إلَى الْمُنَازَعَةِ أَيْضًا لِأَنَّ الْغَائِبَ عن الْمَجْلِسِ إذَا أَحْضَرَهُ الْبَائِعُ فَمِنْ الْجَائِزِ أَنْ يَقُولَ الْمُشْتَرِي هذا ليس عَيْنَ الْمَبِيعِ بَلْ مثله من جِنْسِهِ فَيَقَعَانِ في الْمُنَازَعَةِ بِسَبَبِ عَدَمِ الرُّؤْيَةِ وَلِأَنَّ عَدَمَ الرُّؤْيَةِ يُوجِبُ تَمَكُّنَ الْغَرَرِ في الْبَيْعِ وَنَهَى رسول اللَّهِ عن بَيْعٍ فيه غَرَرٌ وَبَيَانُ تَمَكُّنِ الْغَرَرِ أَنَّ الْغَرَرَ هو الْخَطَرُ وفي هذا الْبَيْعِ خَطَرٌ من وُجُوهٍ
أحدهما (((أحدها))) في أَصْلِ الْمَعْقُودِ عليه
وَالثَّانِي في وَصْفِهِ لِأَنَّ دَلِيلَ الْوُجُودِ إذَا كان غَائِبًا هو الْخَبَرُ وَخَبَرُ الْوَاحِدِ يَحْتَمِلُ الصِّدْقَ وَالْكَذِبَ فَيَتَرَدَّدُ الْمَعْقُودُ عليه بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ بين الْوُجُودِ وَالْعَدَمِ
وَالثَّالِثُ في وُجُودِ التَّسْلِيمِ وَقْتَ وُجُوبِهِ لِأَنَّ وَقْتَ الْوُجُوبِ وَقْتُ نَقْدِ الثَّمَنِ وقد يَتَّفِقُ النَّقْدُ وقد لَا يَتَّفِقُ وَالْغَرَرُ من وَجْهٍ وَاحِدٍ يَكْفِي لِفَسَادِ الْعَقْدِ فَكَيْفَ من وُجُوهٍ ثَلَاثَةٍ
وَرُوِيَ عن النبي عليه السلام أَنَّهُ قال لَا تَبِعْ ما ليس عِنْدَك وَعِنْدَ كَلِمَةُ حَضْرَةٍ وَالْغَيْبَةُ تُنَافِيهَا وَالْخِلَافُ في الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ خِلَافٌ وَاحِدٌ
وَلَنَا عُمُومَاتُ الْبَيْعِ من غَيْرِ فَصْلٍ وَنَصٍّ خَاصٍّ وهو ما رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال من اشْتَرَى شيئا لم يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إذَا رَآهُ وَلَا خِيَارَ شَرْعًا إلَّا في بَيْعٍ مَشْرُوعٍ وَلِأَنَّ رُكْنَ الْبَيْعِ صَدَرَ من أَهْلِهِ مُضَافًا إلَى مَحَلٍّ هو خَالِصُ مِلْكِهِ فَيَصِحُّ كَشِرَاءِ الْمَرْئِيِّ وَهَذَا لِأَنَّ وُجودَ التَّصَرُّفِ حَقِيقَةً بِوُجُودِ رُكْنِهِ وَوُجُودُهُ شَرْعًا لِصُدُورِهِ من أَهْلِهِ وَحُلُولِهِ في مَحَلِّهِ
وَقَوْلُهُ جَهَالَةُ الْوَصْفِ تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ مَمْنُوعٌ لِأَنَّهُ صَدَّقَهُ في خَبَرِهِ حَيْثُ اشْتَرَاهُ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يُكَذِّبُهُ وَدَعْوَى الْغَرَرِ مَمْنُوعَةٌ فإن الْغَرَرَ هو الْخَطَرُ الذي اسْتَوَى فيه طَرَفُ الْوُجُودِ وَالْعَدَمِ بِمَنْزِلَةِ الشَّكِّ وَهَهُنَا تَرَجَّحَ جَانِبُ الْوُجُودِ على جَانِبِ الْعَدَمِ بِالْخَبَرِ الرَّاجِحِ صِدْقُهُ على كَذِبِهِ فلم يَكُنْ فيه غَرَرٌ على أَنَّا إنْ سَلَّمْنَا أَنَّ الْغَرَرَ اسْمٌ لِمُطْلَقِ الْخَطَرِ لَكِنْ لِمَ قُلْتُمْ إنَّ كُلَّ غَرَرٍ يُفْسِدُ الْعَقْدَ
وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْغَرَرُ هو الْخَطَرَ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ من الغرور

(((الغرر))) فَلَا يَكُونُ حُجَّةً مع الِاحْتِمَالِ أو تحمله (((نحمله))) على الْغَرَرِ في صُلْبِ الْعَقْدِ بِالتَّعْلِيقِ بِشَرْطٍ أو بِالْإِضَافَةِ إلَى وَقْتٍ عَمَلًا بِالدَّلَائِلِ كُلِّهَا
وَأَمَّا الْحَدِيثُ الثَّانِي فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ منه بَيْعُ ما ليس بِمَمْلُوكٍ له عن نَفْسِهِ لَا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عن مَالِكِهِ أو بَيْعُ شَيْءٍ مُبَاحٍ على أَنْ يَسْتَوْلِيَ عليه فَيَمْلِكَهُ فَيُسَلِّمَهُ وَهَذَا يُوَافِقُ ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال بَيْعُ السَّمَكِ في الْمَاءِ غَرَرٌ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا بَاعَ شيئا لم يَرَهُ الْبَائِعُ أَنَّهُ يَجُوزُ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ لَا يَجُوزُ وإذا جَازَ عِنْدَنَا فَهَلْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَعَنْ أبي حَنِيفَةَ رِوَايَتَانِ نَذْكُرُ ذلك في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَعَلَى هذا الْخِلَافِ شِرَاءُ الْأَعْمَى وَبَيْعُهُ جَائِزٌ عِنْدَنَا وقال الشَّافِعِيُّ إذَا وُلِدَ أَعْمَى لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَشِرَاؤُهُ وَإِنْ كان بَصِيرًا فَرَأَى الشَّيْءَ ثُمَّ عَمِيَ فَاشْتَرَاهُ جَازَ وما قَالَهُ مُخَالِفٌ لِلْحَدِيثِ وَالْإِجْمَاعِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فإنه رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ النبي عليه السلام حين قال لِحِبَّانَ بن منفذ (((منقذ))) إذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ وَلِيَ الْخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وكان حَبَّانُ ضَرِيرًا
وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ فإن الْعُمْيَانَ في كل زَمَانٍ من لَدُنْ رسول اللَّهِ لم يُمْنَعُوا من بِيَاعَاتِهِمْ وَأَشْرِيَتِهِمْ بَلْ بَايَعُوا في سَائِرِ الْأَعْصَارِ من غَيْرِ إنْكَارٍ وإذا جَازَ شِرَاؤُهُ وَبَيْعُهُ فَلَهُ الْخِيَارُ فِيمَا اشْتَرَى وَلَا خِيَارَ له فِيمَا بَاعَ في أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ كَالْبَصِيرِ ثُمَّ بِمَاذَا يَسْقُطُ خِيَارُهُ نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا اشْتَرَى شيئا مُغَيَّبًا في الْأَرْضِ كَالْجَزَرِ وَالْبَصَلِ وَالْفُجْلِ وَنَحْوِهَا أَنَّهُ يَجُوزُ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ لَا يَجُوزُ يثبت (((ويثبت))) له الْخِيَارُ إذَا قَلَعَهُ وَعِنْدَهُ لَا يَجُوزُ أَصْلًا
وَأَمَّا بَيَانُ ما يَحْصُلُ بِهِ الْعِلْمُ بِالْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ فَنَقُولُ الْعِلْمُ بِالْمَبِيعِ لَا يَحْصُلُ إلَّا بِالْإِشَارَةِ إلَيْهِ لِأَنَّ التعيين (((التعين))) لَا يَحْصُلُ إلَّا بها إلَّا إذَا كان دَيْنًا كَالْمُسْلَمِ فيه فَيَحْصُلُ الْعِلْمُ بِهِ بِالتَّسْمِيَةِ وَالْعِلْمُ بِالثَّمَنِ لَا يَحْصُلُ إلَّا بِالتَّسْمِيَةِ وَالْإِشَارَةُ إلَيْهِ عِنْدَنَا مَجَازٌ عن تَسْمِيَةِ جِنْسِ الْمُشَارِ إلَيْهِ وَنَوْعِهِ وَصِفَتِهِ وَقَدْرِهِ على ما يُعْرَفُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى غير أَنَّ الْمَبِيعَ إنْ كان أَصْلًا لَا بُدَّ من الْإِشَارَةِ إلَيْهِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ لِيَصِيرَ مَعْلُومًا وَإِنْ كان تَبَعًا يَصِيرُ مَعْلُومًا بِالْإِشَارَةِ إلَى الْأَصْلِ لِأَنَّ التَّبَعَ كما لَا يُفْرَدُ بِعِلَّةٍ على حِدَةٍ لَا يُفْرَدُ بِشَرْطٍ على حِدَةٍ إذْ لو أُفْرِدَ لَانْقَلَبَ أَصْلًا وَهَذَا قَلْبُ الْحَقِيقَةِ
وَبَيَانُ ذلك في مَسَائِلَ إذَا بَاعَ جَارِيَةً حَامِلًا من غَيْرِ مَوْلَاهَا أو بَهِيمَةً حَامِلًا دخل الْحَمْلُ في الْبَيْعِ تَبَعًا لِلْأُمِّ كَسَائِرِ أَطْرَافِهَا وَإِنْ لم يُسَمِّهِ وَلَا أَشَارَ إلَيْهِ وَلَوْ بَاعَ عَقَارًا دخل ما فيها من الْبِنَاءِ وَالشَّجَرِ بِنَفْسِ الْبَيْعِ وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ إلَّا بِقَرِينَةٍ
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ في بَيْعِ الْعَقَارِ أَنَّ الْمَبِيعَ لَا يَخْلُو من أَنْ يَكُونَ أَرْضًا أو كَرْمًا أو دَارًا أو مَنْزِلًا أو بَيْتًا وَكُلُّ ذلك لَا يَخْلُو أما إنْ لم يذكر في بَيْعِهِ الْحُقُوقَ وَلَا

الْمَرَافِقَ وَلَا ذَكَرَ كُلَّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ منها وأما إنْ ذَكَرَ شيئا من ذلك فَإِنْ كان الْمَبِيعُ أَرْضًا ولم يذكر شيئا من الْقَرَائِنِ دخل ما فيها من الْأَبْنِيَةِ وَالْأَشْجَارِ ولم يَدْخُلْ الزَّرْعُ وَالثِّمَارُ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ
وقال مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ ثِمَارُ سَائِرِ الْأَشْجَارِ كَذَلِكَ وَكَذَلِكَ ثَمَرُ النَّخْلِ إذَا أُبِّرَ فَأَمَّا إذَا لم يُؤَبَّرْ يَدْخُلْ
وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن النبي أَنَّهُ قال من بَاعَ نَخْلًا قد أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ قَيَّدَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مِلْكَ الْبَائِعِ في الثَّمَرَةِ بِوَصْفِ التَّأْبِيرِ وَلَوْ لم يَكُنْ يَخْتَلِفُ الْحُكْمُ لم يَكُنْ لِلتَّقْيِيدِ فَائِدَةٌ
وَلَنَا ما رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ في كِتَابِ الشُّفْعَةِ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال من اشْتَرَى أَرْضًا فيها نَخْلٌ فَالثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ جَعَلَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الثَّمَرَةَ لِلْبَائِعِ مُطْلَقًا عن وَصْفٍ وَشَرْطٍ فَدَلَّ أَنَّ الْحُكْمَ لَا يَخْتَلِفُ بِالتَّأْبِيرِ وَعَدَمِهِ وَلِأَنَّ النَّخْلَ اسْمٌ لِذَاتِ الشَّجَرَةِ فَلَا يَدْخُلُ ما عَدَاهُ إلَّا بِقَرِينَةٍ زَائِدَةٍ وَلِهَذَا لم يَدْخُلْ ثِمَارُ سَائِرِ الْأَشْجَارِ وَلَا حُجَّةَ له فِيمَا رُوِيَ لِأَنَّ تَقْيِيدَ الْحُكْمِ بِوَصْفٍ لَا يَدُلُّ على أَنَّ الْحُكْمَ في غَيْرِ الْمَوْصُوفِ بِخِلَافِهِ بَلْ يَكُونُ الْحُكْمُ فيه مَسْكُوتًا مَوْقُوفًا على قِيَامِ الدَّلِيلِ وقد قام وهو ما رَوَيْنَا وَلَا لحمل (((يحمل))) الْمُطْلَقُ على الْمُقَيَّدِ عِنْدَنَا لِمَا فيه من ضَرْبِ النُّصُوصِ بَعْضُهَا في بَعْضٍ وَهَذَا لَا يَجُوزُ لِمَا عُرِفَ في أُصُولِ الْفِقْهِ
وَكَذَلِكَ إنْ كان كَرْمًا يَدْخُلُ في بَيْعِهِ ما فيه من الزِّرَاعَةِ والعرايش (((والعرائش))) وَالْحَوَائِطِ من غَيْرِ ذِكْرِ قرينه وَلَا تَدْخُلُ الْفَوَاكِهُ وَالْبُقُولُ وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ ما رُكِّبَ في الْأَرْضِ يَدْخُلُ وما لم يُرَكَّبْ فيها أو رُكِّبَ لَا لِلْبَقَاءِ بَلْ لِوَقْتٍ مَعْلُومٍ لَا يَدْخُلُ وَكَذَا يَدْخُلُ الطَّرِيقُ إلَى الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ وَالطَّرِيقُ إلَى سِكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ من غَيْرِ ذِكْرِ قَرِينَةٍ وَإِنْ ذَكَرَ شيئا من الْقَرَائِنِ
فَإِنْ ذَكَرَ الْحُقُوقَ أو الْمَرَافِقَ دخل فيها الشُّرْبُ وَمَسِيلُ الْمَاءِ وَالطَّرِيقُ الْخَاصُّ الذي يَكُونُ في مِلْكِ إنْسَانٍ وهو حَقُّ الْمُرُورِ في مِلْكِهِ وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ لِأَنَّهَا أَعْيَانٌ قَائِمَةٌ بِنَفْسِهَا فَلَا يَتَنَاوَلُهَا اسْمُ الْحُقُوقِ وَالْمَرَافِقِ بِخِلَافِ الشُّرْبِ وَالْمَسِيلِ وَالتَّطَرُّقِ فَإِنَّهَا عِبَارَةٌ عن حَقِّ الشُّرْبِ والسقى وَالتَّسْيِيلِ وَالْمُرُورِ فَيَتَنَاوَلُهَا الِاسْمُ
وَإِنْ ذَكَرَ الْقَلِيلَ وَالْكَثِيرَ بِأَنْ قال بِعْتهَا مِنْك بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هو فيها وَمِنْهَا فَهَلْ يَدْخُلُ الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ يُنْظَرُ إنْ قال في آخِرِهِ من حُقُوقِهَا فَلَا يَدْخُلَانِ لِأَنَّ قَوْلَهُ من حُقُوقِهَا خَرَجَ تَفْسِيرًا لِأَوَّلِ الْكَلَامِ فَكَأَنَّهُ نَصَّ على الْبَيْعِ بِحُقُوقِهَا وَإِنْ لم يَقُلْ في آخِرِهِ من حُقُوقِهَا دخل فيه الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ وَكُلُّ ما كان مُتَّصِلًا بِهِ لِأَنَّ اسْمَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ فيه وَمِنْهُ يَتَنَاوَلُ ذلك
وَأَمَّا الْمُنْفَصِلُ عنها كَالثِّمَارِ الْمَجْذُوذَةِ وَالزَّرْعِ الْمَحْصُودِ وَالْحَطَبِ

وَاللَّبَنِ وَالْقَصَبِ الْمَوْضُوعِ فَلَا يَدْخُلُ في الْبَيْعِ إلَّا بِالتَّسْمِيَةِ
فَرْقٌ بين الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ أَنَّ الشُّرْبَ وَالْمَسِيلَ وَالطَّرِيقَ الْخَاصَّ في مِلْكِ إنْسَانٍ يَدْخُلُ في الْإِجَارَةِ من غَيْرِ ذِكْرِ الْحُقُوقِ وَالْمَرَافِقِ لَا يَدْخُلُ بِدُونِهِ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَدْخُلَ في الْبَابَيْنِ جميعا إلَّا بِالتَّسْمِيَةِ إلَّا أَنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا في الْإِجَارَةِ لِأَنَّهَا تُعْقَدُ لِلِانْتِفَاعِ بِالْمُسْتَأْجَرِ وَلَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهِ بِدُونِ الْحُقُوقِ

مَذْكُورَةً بِذِكْرِ الْمُسْتَأْجِرِ دَلَالَةً بِخِلَافِ الْبَيْعِ فإنه يُعْقَدُ لِلْمِلْكِ وَالِانْتِفَاعُ ليس من ضَرُورَاتِ الْمِلْكِ فإنه يَثْبُتُ الْمِلْكُ فِيمَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ

وَكَذَا فَرْقٌ بين الْبَيْعِ وَالرَّهْنِ فإن من رَهَنَ عِنْدَ رَجُلٍ أَرْضًا فيها زَرْعٌ وَأَشْجَارٌ عليها ثِمَارٌ وَسَلَّمَهَا إلَيْهِ أَنَّهُ يَدْخُلُ في الرَّهْنِ كُلُّ ما كان مُتَّصِلًا بها من غَيْرِ تَسْمِيَةِ الْحُقُوقِ وَالْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ تَمْيِيزَ الرَّهْنِ من غَيْرِهِ شَرْطُ صِحَّةِ الرَّهْنِ على ما نَذْكُرُ في كِتَابِهِ فَمَتَى أَقْدَمَا على عَقْدِ الرَّهْنِ فَقَدْ قَصَدَا صِحَّتَهُ وَلَا صِحَّةَ له إلَّا بِدُخُولِ ما كان مُتَّصِلًا بِالْمَرْهُونِ فَدَخَلَ فيه تَصْحِيحًا لِلتَّصَرُّفِ إذْ لَا صِحَّةَ له بِدُونِهِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ فإن تَمْيِيزَ الْمَبِيعِ من غَيْرِهِ ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْبَيْعِ فَلَا ضَرُورَةَ في الدُّخُولِ بِغَيْرِ التَّسْمِيَةِ فَلَا يَدْخُلُ بِدُونِهَا

هذا إذَا كان الْمَبِيعُ أَرْضًا أو كَرْمًا فَإِنْ كان دَارًا يَدْخُلُ في بَيْعِهَا جَمِيعُ ما ما كان من بَيْتٍ وَمَنْزِلٍ وَعُلُوٍّ وَسُفْلٍ وَجَمِيعِ ما تَجْمَعُهُ الْحُدُودُ الْأَرْبَعَةُ من غَيْرِ ذِكْرِ قَرِينَةٍ وَتَدْخُلُ أَغَالِيقُ الدَّارِ وَمَفَاتِيحُ أَغَالِيقِهَا

أَمَّا الْأَغَالِيقُ فَلِأَنَّهَا رُكِّبَتْ لِلْبَقَاءِ لَا لِوَقْتٍ مَعْلُومٍ فَتَدْخُلُ كَالْمِيزَابِ

وَأَمَّا الْمَفَاتِيحُ فَلِأَنَّ مِفْتَاحَ الْغَلَقِ من الْغَلَقِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو اشْتَرَى الْغَلَقَ دخل الْمِفْتَاحُ فيه من غَيْرِ تَسْمِيَةٍ فَيَدْخُلُ في الْبَيْعِ بِدُخُولِ الْغَلَقِ وَيَدْخُلُ طَرِيقُهَا إلَى طَرِيقِ الْعَامَّةِ وَطَرِيقُهَا إلَى سِكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ كما يَدْخُلُ في الْأَرْضِ وَالْكَرْمِ وَيَدْخُلُ الْكَنِيفُ وَالشَّارِعُ وَالْجَنَاحُ كُلُّ ذلك يَدْخُلُ من غَيْرِ قَرِينَةٍ وَهَلْ تَدْخُلُ الظُّلَّةُ يُنْظَرُ إنْ لم يَكُنْ مَفْتَحُهَا إلَى الدَّارِ لَا تَدْخُلُ بِالِاتِّفَاقِ وَإِنْ كان مَفْتَحُهَا إلَى الدَّارِ لَا تَدْخُلُ أَيْضًا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَدْخُلُ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الظُّلَّةَ إذَا كانت مَفْتَحُهَا إلَى الدَّارِ كانت من أَجْزَاءِ الدَّارِ فَتَدْخُلُ بِبَيْعِ الدَّارِ كَالْجَنَاحِ وَالْكَنِيفِ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ ظُلَّةَ الدَّارِ خَارِجَةٌ عن حُدُودِهَا فَإِنَّهَا اسْمٌ لِمَا يُظِلُّ عِنْدَ بَابِ الدَّارِ خَارِجًا منها فَلَا تَدْخُلُ تَحْتَ بَيْعِ الدَّارِ كَالطَّرِيقِ الْخَارِجِ وَبِهَذَا لو حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هذه الدَّارَ فَدَخَلَ ظُلَّتَهَا لَا يَحْنَثُ

وَأَمَّا ما كان لها من بُسْتَانٍ فَيُنْظَرُ إنْ كان دَاخِلَ حَدِّ الدَّارِ يَدْخُلُ وَإِنْ كان يَلِي الدَّارَ لَا يَدْخُلُ من غَيْرِ تَسْمِيَةٍ وقال بَعْضُهُمْ إنْ كانت الدَّارُ صَغِيرَةً يَدْخُلُ وَإِنْ كانت كَبِيرَةً لَا يَدْخُلُ لِأَنَّهَا إذَا كانت صَغِيرَةً يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ تَبَعًا لِلدَّارِ وإذا كانت كَبِيرَةً لَا يُمْكِنُ وقال بَعْضُهُمْ يَحْكُمُ الثَّمَنُ فَإِنْ صَلَحَ لَهُمَا بدخل (((يدخل))) وَإِلَّا فَلَا يَدْخُلُ

وَأَمَّا مَسِيلُ الْمَاءِ وَالطَّرِيقُ الْخَاصُّ في مِلْكِ إنْسَانٍ وَحَقُّ إلْقَاءِ الثَّلْجِ فَإِنْ ذَكَرَ الْحُقُوقَ وَالْمَرَافِقَ يَدْخُلُ وَكَذَا إنْ ذَكَرَ كُلَّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هو فيها وَمِنْهَا سَوَاءٌ ذَكَرَ في آخِرِهِ من حُقُوقِهَا أو لم يذكر وَتَدْخُلُ الظُّلَّةُ أَيْضًا بِلَا خِلَافٍ إذَا كان مَفْتَحُهَا إلَى الدَّارِ وإذا كان الْمَبِيعُ بَيْتًا فَيَدْخُلُ في بَيْعِهِ حَوَائِطُهُ وَسَقْفُهُ وَبَابُهُ وَالطَّرِيقُ إلَى الطَّرِيقِ الْعَامَّةِ وَالطَّرِيقُ إلَى سِكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ من غَيْرِ ذِكْرِ قَرِينَةٍ وَأَمَّا الطَّرِيقُ الْخَاصُّ في مِلْكِ إنْسَانٍ فَلَا يَدْخُلُ إلَّا بِذِكْرِ أَحَدِ الْقَرَائِنِ الثَّلَاثِ وَلَا يَدْخُلُ بَيْتُ الْعُلْوِ إنْ كان على عُلْوِهِ بَيْتٌ وَإِنْ ذَكَرَ الْقَرَائِنَ لِأَنَّ الْعُلُوَّ بَيْتٌ مِثْلُهُ فَكَانَ أَصْلًا بِنَفْسِهِ فَلَا يَكُونُ تَبَعًا له وَإِنْ لم يَكُنْ على عُلْوِهِ بَيْتٌ كان له أَنْ يَبْنِيَ على عُلْوِهِ

وَإِنْ كان الْبَيْتُ في دَارِهِ فَبَاعَهُ من رَجُلٍ لَا يَدْخُلُ في الْبَيْعِ طَرِيقُهُ في الدَّارِ إلَّا بِذِكْرِ الْحُقُوقِ ثُمَّ إنْ كان الْبَيْتُ يَلِي الطَّرِيقَ الْأَعْظَمَ يَفْتَحُ له بَابًا إلَيْهِ وَإِنْ كان لَا يَلِي الطَّرِيقَ الْأَعْظَمَ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ وَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الطَّرِيقَ إلَيْهِ أو يَسْتَعِيرَ من صَاحِبِ الدَّارِ فَرْقٌ بين هذا وَبَيْنَ الْقِسْمَةِ إذَا أَصَابَ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ

فِي الدَّارِ بَيْتٌ أو مَنْزِلٌ أو نَاحِيَةٌ منها بِغَيْرِ طَرِيقٍ أَنَّهُ يُنْظَرُ إنْ أَمْكَنَهُ فَتْحُ الْبَابِ إلَى الطَّرِيقِ ليس له أَنْ يَتَطَرَّقَ في نَصِيبِ شَرِيكِهِ سَوَاءٌ ذَكَرُوا في الْقِسْمَةِ الْحُقُوقَ وَالْمَرَافِقَ أو لَا

وَكَذَا إذَا كان مَسِيلُ مَائِهِ في نَصِيبِ شَرِيكِهِ قبل الْقِسْمَةِ انْقَطَعَ ذلك الْحَقُّ إنْ أَمْكَنَهُ تَسْيِيلٌ في نَصِيبِ نَفْسِهِ ليس له أَنْ يُسَيِّلَ في نَصِيبِ شَرِيكِهِ وَإِنْ لم يُمْكِنْهُ تَسْيِيلُ الْمَاءِ وَلَا فَتْحُ الْبَابِ في نَصِيبِ نَفْسِهِ وَيُمْكِنُهُ ذلك في نَصِيبِ شَرِيكِهِ فإنه يُنْظَرُ إنْ ذَكَرُوا في الْقِسْمَةِ الْحُقُوقَ أو الْمَرَافِقَ فَالطَّرِيقُ وَالْمَسِيلُ يَدْخُلَانِ في الْقِسْمَةِ وَلَا تَبْطُلُ الْقِسْمَةُ وَإِنْ لم يَذْكُرُوا ذلك فَلَا يَدْخُلَانِ وَتَبْطُلُ الْقِسْمَةُ وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْقِسْمَةَ لِتَتْمِيمِ الْمَنْفَعَةِ وَتَكْمِيلِهَا

فإذا أَدَّتْ إلَى تَفْوِيتِهَا بَطَلَتْ وَالْبَيْعُ لِلْمِلْكِ لَا لِلِانْتِفَاعِ بِالْمَمْلُوكِ على ما ذَكَرْنَا وَيَجُوزُ بَيْعُ بَيْتِ الْعُلُوِّ دُونَ السُّفْلِ إذَا كان على الْعُلُوِّ بِنَاءٌ وَإِنْ لم يَكُنْ عليه بِنَاءٌ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ بَيْعُ الْهَوَاءِ على الِانْفِرَادِ وأنه لَا يَجُوزُ ثُمَّ إذَا بَاعَ الْعُلُوَّ وَعَلَيْهِ بِنَاءٌ حتى جَازَ الْبَيْعُ فَطَرِيقُهُ في الدَّارِ لَا يَدْخُلُ الطَّرِيقُ إلَّا بِذِكْرِ الْحُقُوقِ

وَيَجُوزُ بَيْعُ السُّفْلِ سَوَاءٌ كان مَبْنِيًّا أو غير مَبْنِيٍّ لِأَنَّهُ بَيْعُ السَّاحَةِ وَذَلِكَ جَائِزٌ وَإِنْ لم يَكُنْ عليه بِنَاءٌ وَإِنْ كان الْمَبِيعُ مَنْزِلًا يَدْخُلُ في بَيْتُ السُّفْلِ وَلَا يَدْخُلُ بين (((بيت))) الْعُلُوِّ وَلَا الطَّرِيقُ الْخَاصُّ إلَّا بِذِكْرِ الْحُقُوقِ أو الْمَرَافِقِ أو بِذِكْرِ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ لِأَنَّ الْمَنْزِلَ أَعَمُّ من الْبَيْتِ وَأَخَصُّ من الدَّارِ فَكَانَ بين الدَّارِ وَالْبَيْتِ فَيُعْطَى له حُكْمٌ بين حُكْمَيْنِ فلم يَدْخُلْ الْعُلُوُّ في بَيْعِ الْمَنْزِلِ من غَيْرِ قَرِينَةٍ اعْتِبَارًا لِلْخُصُوصِ وَيَدْخُلُ فيه بِقَرِينَةٍ اعْتِبَارًا لِلْعُمُومِ عَمَلًا بِالْجِهَتَيْنِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

ثُمَّ إذَا لم تَدْخُلْ الثَّمَرَةُ بِنَفْسِ الْبَيْعِ يُجْبَرُ الْبَائِعُ على قَطْعِهَا من الشَّجَرَةِ وَلَيْسَ له أَنْ يَتْرُكَهَا على الشَّجَرَةِ إلَى وَقْتِ الْإِدْرَاكِ وَكَذَا الزَّرْعُ عِنْدَنَا

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يُجْبَرُ وَلَهُ أَنْ يَتْرُكَ الثَّمَرَةَ على الشَّجَرَةِ إلَى وَقْتِ الْإِدْرَاكِ وَيَتْرُكَ الزَّرْعَ إلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ

وَجْهُ قَوْلِهِ إن الْجَبْرَ على الْقَطْعِ وَالْقَلْعِ لِوُجُوبِ التَّسْلِيمِ وَوَقْتُ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ هو وَقْتُ الْإِدْرَاكِ لِأَنَّهُ لَا يُقْطَعُ وَلَا يُقْلَعُ إلَّا بَعْدَ الْإِدْرَاكِ عَادَةً فَلَا يَجِبُ عليه التَّسْلِيمُ قَبْلَهُ كما إذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ وَالزَّرْعُ لم يُسْتَحْصَدْ أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ على الْقَلْعِ بَلْ يُتْرَكُ إلَى أَنْ يُسْتَحْصَدَ

وَلَنَا أَنَّ الْبَيْعَ يُوجِبُ تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ عَقِيبَهُ بِلَا فَصْلٍ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ تَمْلِيكٌ بِتَمْلِيكٍ وَتَسْلِيمٌ بِتَسْلِيمٍ فَالْقَوْلُ بِتَأْخِيرِ التَّسْلِيمِ يُغَيِّرُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ وَقَوْلُهُ الْعَادَةُ أَنَّ الثَّمَرَةَ تُتْرَكُ على الشَّجَرَةِ إلَى وَقْتِ الْإِدْرَاكِ قُلْنَا الْعَادَةُ هذا قبل الْبَيْعِ أَمَّا بَعْدَهُ فَمَمْنُوعٌ بَلْ تُقْطَعُ بَعْدَهُ وَلَا تُتْرَكُ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُشْتَرِي مَشْغُولٌ بِمِلْكِ الْبَائِعِ فَلَا بُدَّ من إزَالَةِ الشَّغْلِ وَذَلِكَ بِقَطْعِ الثَّمَرَةِ هَكَذَا نَقُولُ في مَسْأَلَةِ الْإِجَارَةِ أنه يَجِبُ تَسْلِيمُ الْأَرْضِ عِنْدَ انْتِهَاءِ الْمُدَّةِ وَإِنَّمَا تُتْرَكُ بِإِجَارَةٍ جَدِيدَةٍ بِأُجْرَةٍ أُخْرَى وَهَذَا حُجَّةٌ عليه لِأَنَّهُ لو تُرِكَ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ لَمَا وَجَبَتْ أُجْرَةٌ أُخْرَى وَسَوَاءٌ أبرأ (((أبر))) ولم يُؤَبَّرْ بِأَنْ كان الْمَبِيعُ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ ظَهَرَتْ الثَّمَرَةُ من الشَّجَرَةِ وَبَانَتْ منها ليس له أَنْ يَتْرُكَهَا على شَجَرَةِ الْمُشْتَرِي إلَّا بِرِضَاهُ لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ تَرَكَهَا على الشَّجَرَةِ إلَى أَنْ أَدْرَكَتْ فَإِنْ كان التَّرْكُ بِإِذْنِ الْمُشْتَرِي طَابَ له الْفَضْلُ وَإِنْ كان بِغَيْرِ إذْنِ الْمُشْتَرِي يُنْظَرُ إنْ كان قد تَنَاهَى عِظَمُهَا يَطِيبُ له الْفَضْلُ أَيْضًا لِأَنَّهَا لَا تَزْدَادُ بَعْدَ ذلك بَلْ تَنْتَقِصُ وَإِنْ كان صِغَارًا لم يَتَنَاهَ عِظَمُهَا لَا يَطِيبُ له الْفَضْلُ لِأَنَّهُ تَوَلَّدَ من أَصْلٍ مَمْلُوكٍ لِغَيْرِهِ

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ الْبَائِعُ الشَّجَرَةَ لِيَتْرُكَ الثَّمَرَ عليها إلَى وَقْتِ الْجَذَاذِ لم تَجُزْ هذه الْإِجَارَةُ لِأَنَّ جَوَازَ الْإِجَارَةِ مع أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَاهَا لِكَوْنِهَا بَيْعَ الْمَعْدُومِ لِتَعَامُلِ النَّاسِ وَالنَّاسُ ما تَعَامَلُوا هذا النَّوْعَ من الْإِجَارَةِ كما لم يَتَعَامَلُوا اسْتِئْجَارَ الْأَشْجَارِ لِتَجْفِيفِ الثِّيَابِ وَتَجْفِيفِ اللَّحْمِ لَكِنْ لو فَعَلَ يَطِيبُ له الْفَضْلُ لِأَنَّهُ تَرَكَ بِإِذْنِ الْمُشْتَرِي وَهَذَا بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ إذَا انْقَضَتْ مُدَّتُهَا وَالزَّرْعُ بَقْلٌ لم يُسْتَحْصَدْ بَعْدُ أَنْ يُتْرَكَ فيه إلَى وَقْتِ الْحَصَادِ بِالْأَجْرَةِ لِأَنَّ التَّرْكَ بِالْأَجْرَةِ هُنَاكَ مِمَّا جَرَى بِهِ التَّعَامُلُ فَكَانَ جَائِزًا

هذا إذَا لم يُسَمِّ الثَّمَرَةَ في بَيْعِ الشَّجَرِ فَأَمَّا إذَا سَمَّى دخل الثَّمَرُ مع الشَّجَرِ في الْبَيْعِ وَصَارَ لِلثَّمَرَةِ حِصَّةٌ من الثَّمَنِ وَيَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عليها يوم الْعَقْدِ لِأَنَّهُ لَمَّا سماهما (((سماها))) فَقَدْ صَارَتْ مَبِيعًا مَقْصُودًا لِوُرُودِ فِعْلِ الْبَيْعِ عليه حتى لو هَلَكَ الثمن (((التمر))) قبل الْقَبْضِ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أو بِفِعْلِ الْبَائِعِ تَسْقُطُ حِصَّتُهُ من الثَّمَنِ عن الْمُشْتَرِي كما لو هَلَكَ الشَّجَرُ قبل الْقَبْضِ وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ الشَّجَرَ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَفَرَّقَتْ عليه وَلَوْ جَدَّهُ الْبَائِعُ وَالْمَجْذُوذُ قَائِمٌ بِعَيْنِهِ يُنْظَرُ إنْ جَدَّهُ في حِينِهِ ولم يُنْقِصْهُ الْجُذَاذُ فَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي وَيَقْبِضُهُمَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَلَوْ قَبَضَهُمَا بَعْدَ جُذَاذِ الْبَائِعِ ثُمَّ

وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا له أَنْ يَرُدَّ الْمَعِيبَ خَاصَّةً لِأَنَّهُ قَبَضَهُمَا وَهُمَا مُتَفَرِّقَانِ وَقْتَ الْقَبْضِ فَصَارَا كَأَنَّهُمَا كَانَا مُتَفَرِّقَيْنِ وَقْتَ الْعَقْدِ بِخِلَافِ ما إذَا جَدَّهُ الْمُشْتَرِي بَعْدَ الْقَبْضِ ثُمَّ وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا أَنَّهُ ليس له أَنْ يَرُدَّ الْمَعِيبَ خَاصَّةً بَلْ يَرُدُّهُمَا جميعا أو يُمْسِكُهُمَا لِأَنَّهُمَا كَانَا مُجْتَمِعَيْنِ عِنْدَ الْبَيْعِ وَعِنْدَ الْقَبْضِ جميعا فَإِفْرَادُ أَحَدِهِمَا بِالرَّدِّ يَكُونُ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ بَعْدَ وُقُوعِهَا مُجْتَمِعَةً وَهَذَا لَا يَجُوزُ هذا إذَا لم ينقصه (((ينقصه))) الْجُذَاذُ بِأَنْ جَدَّهُ الْبَائِعُ في حِينِهِ وَأَوَانِهِ فَأَمَّا إذَا نقصه (((أنقصه))) بِأَنْ جَدَّهُ في غَيْرِ حِينِهِ تَسْقُطُ عن الْمُشْتَرِي حِصَّةُ النُّقْصَانِ لِأَنَّهُ لَمَّا نَقَصَهُ الْجُذَاذُ فَقَدْ أَتْلَفَ بَعْضَ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ فَتَسْقُطُ عن الْمُشْتَرِي حِصَّتُهُ من الثَّمَنِ وَلَهُ الْخِيَارُ في الْبَاقِي لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ عليه وإذا قَبَضَهُمَا الْمُشْتَرِي بَعْدَ جُذَاذِ الْبَائِعِ ثُمَّ وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا له أَنْ يَرُدَّ الْمَعِيبَ خَاصَّةً لِأَنَّهُ قَبَضَهُمَا وَهُمَا مُتَفَرِّقَانِ فَصَارَا كَأَنَّهُمَا كَانَا مُتَفَرِّقَيْنِ عِنْدَ الْعَقْدِ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا اشْتَرَى شَجَرَةً أَنَّهُ هل يَدْخُلُ في شِرَائِهَا أَصْلُهَا وعرقها (((وعروقها))) وَأَرْضُهَا فَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ هذا لَا يَخْلُو من ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ أما إنْ اشْتَرَاهَا بِغَيْرِ أَرْضِهَا لِلْقَلْعِ وأما إنْ اشْتَرَاهَا بِقَرَارِهَا من الْأَرْضِ لِلتَّرْكِ لَا لِلْقَلْعِ

وأما إنْ اشْتَرَاهَا ولم يذكر شيئا فَإِنْ اشْتَرَاهَا بِغَيْرِ أَرْضِهَا لِلْقَلْعِ دخل فيها أَصْلُهَا وَيُجْبَرُ الْمُشْتَرِي على الْقَلْعِ وَلَهُ أَنْ يَقْلَعَهَا بِأَصْلِهَا لَكِنْ قَلْعًا مُعْتَادًا

مُتَعَارَفًا وَلَيْسَ له أَنْ يَحْفِرَ الْأَرْضَ إلَى ما يَتَنَاهَى إلَيْهِ الْعُرُوقُ لِأَنَّ الْمَعْرُوفَ بِالْعُرْفِ كَالْمَشْرُوطِ بِالشَّرْطِ إلَّا إذَا شَرَطَ الْبَائِعُ الْقَطْعَ على وَجْهِ الْأَرْضِ فَلَا يَدْخُلُ فيه أَصْلُهَا أو لم يَشْتَرِطْ لَكِنْ في الْقَطْعِ من أَصْلِهَا ضَرَرٌ بِالْبَائِعِ بِأَنْ كان بِقُرْبِ حَائِطِهِ أو على حَافَّةِ نَهْرِهِ فَيَخَافُ الْخَلَلَ على الْحَائِطِ أو الشَّقَّ في النَّهْرِ فَقَطْعُهَا على وَجْهِ الْأَرْضِ دُونَ أَصْلِهَا لِأَنَّ الضَّرَرَ لَا يُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ فَإِنْ قَلَعَ أو قَطَعَ ثُمَّ نَبَتَ من أَصْلِهَا أو عُرُوقِهَا شَجَرَةٌ أُخْرَى فَهِيَ لِلْبَائِعِ لَا لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ رضي أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ الْقَدْرَ الْمَقْطُوعَ فَيَكُونُ الْبَاقِي لِلْبَائِعِ إلَّا إذَا قَطَعَ من أَعْلَى الشَّجَرَةِ فَالنَّابِتُ يَكُونُ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِ وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِقَرَارِهَا من الْأَرْضِ لِلتَّرْكِ لَا لِلْقَلْعِ فَيَدْخُلُ فيها أَرْضُهَا وَلَا يُجْبَرُ على الْقَلْعِ لِأَنَّهُ مَلَكَ الشَّجَرَةَ مع مَوْضِعِهَا فلم يَكُنْ مِلْكُ الْبَائِعِ مَشْغُولًا بِهِ فَلَا يَمْلِكُ إجْبَارَهُ على الْقَلْعِ وَلَهُ أَنْ يَغْرِسَ مَكَانَهَا أُخْرَى لِأَنَّهُ يَغْرِسُ في مِلْكِ نَفْسِهِ

وَأَمَّا إذَا اشْتَرَاهَا من غَيْرِ شَرْطِ الْقَلْعِ وَلَا التَّرْكِ لم يذكر هذا في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَذَكَرَ في غَيْرِ رِوَايَةِ الْأُصُولِ اخْتِلَافًا بين أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فقال على قَوْلِ أبي يُوسُفَ لَا تَدْخُلُ الْأَرْضُ في الْبَيْعِ وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ تَدْخُلُ

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْمُسَمَّى في الْبَيْعِ هو الشَّجَرَةُ وَهِيَ اسْمٌ لِلْقَائِمِ على أَرْضِهَا بِعُرُوقِهَا فَأَمَّا بَعْدَ الْقَلْعِ فَهِيَ خَشَبٌ لَا شَجَرٌ فَلَا بُدَّ وَأَنْ تَدْخُلَ الْأَرْضُ فيه وَلِهَذَا دَخَلَتْ في الْإِقْرَارِ بِالْإِجْمَاعِ بِأَنْ أَقَرَّ لِرَجُلٍ بِشَجَرٍ في أَرْضِهِ حتى كانت الشَّجَرَةُ مع أَرْضِهَا لِلْمُقَرِّ له كَذَا هذا

وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْأَرْضَ أَصْلٌ وَالشَّجَرَةَ تَابِعَةٌ لها أَلَا تَرَى أنها تَدْخُلُ في بَيْعِ الْأَرْضِ من غَيْرِ شَرْطٍ تَبَعًا لِلْأَرْضِ فَلَوْ دَخَلَتْ في بَيْعِ الشَّجَرَةِ لَاسْتَتْبَعَ التَّبَعُ الْأَصْلَ وَهَذَا قَلْبُ الْحَقِيقَةِ وَإِنَّمَا دَخَلَتْ في الْإِقْرَارِ بِالشَّجَرَةِ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ إخْبَارٌ عن كَائِنٍ فَلَا بُدَّ من كَوْنٍ سَابِقٍ على الْإِقْرَارِ وهو قِيَامُهَا في الْأَرْضِ التي هِيَ قَرَارُهَا وَذَلِكَ دَلِيلُ كَوْنِ الْأَرْضِ لِلْمُقَرِّ له بِسَبَبٍ سَابِقٍ فَكَانَ الْإِقْرَارُ بِكَوْنِ الشَّجَرَةِ له إقْرَارًا بِكَوْنِ الْأَرْضِ له أَيْضًا وَمِثْلُ هذه الدَّلَالَةِ لم تُوجَدْ في الْبَيْعِ فَلَا يَدْخُلُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَلَوْ اشْتَرَى صَدَفَةً فَوَجَدَ فيها لُؤْلُؤَةً فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّهَا تَتَوَلَّدُ من الصَّدَفَةِ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْضَةِ تَتَوَلَّدُ من الدَّجَاجَةِ فَكَانَتْ بِمَنْزِلَةِ أَجْزَائِهَا فَتَدْخُلُ في بَيْعِهَا كما تَدْخُلُ الْبَيْضَةُ في بَيْعِ الدَّجَاجَةِ

وَكَذَلِكَ إذَا اشْتَرَى سَمَكَةً فَوَجَدَ فيها لُؤْلُؤَةً لِأَنَّ السَّمَكَ يَأْكُلُ الصَّدَفَةَ فَصَارَ كما لو اشْتَرَى سَمَكَةً فَوَجَدَ فيها سَمَكَةً أُخْرَى أَنَّ الثَّانِيَةَ تَكُونُ له وَلَوْ اشْتَرَى دَجَاجَةً فَوَجَدَ فيها لُؤْلُؤَةً فَهِيَ لِلْبَائِعِ لِأَنَّ اللُّؤْلُؤَ لَا يَتَوَلَّدُ من الدَّجَاجِ وَلَا هو من عَلَفِهَا فَلَا يَدْخُلُ في بَيْعِهَا

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ كُلَّ شَيْءٍ يُوجَدُ في حَوْصَلَةِ الطيران كان مِمَّا يَأْكُلُهُ الطَّيْرُ فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْعَلَفِ له وَإِنْ كان مِمَّا لَا يَأْكُلُهُ الطَّيْرُ فَهُوَ لِلْبَائِعِ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا بَاعَ رَقِيقًا وَلَهُ مَالٌ أَنَّ مَالَهُ لَا يَدْخُلُ في الْبَيْعِ وَيَكُونُ لِلْبَائِعِ إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ لِمَا رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال من بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ وَلِأَنَّ الْعَبْدَ وما في يَدِهِ لِمَوْلَاهُ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ لَا يَقْدِرُ على شَيْءٍ وَالْمَوْلَى ما بَاعَ ما في يَدِ الْعَبْدِ لِأَنَّ الدَّاخِلَ تَحْتَ الْبَيْعِ هو الْعَبْدُ فَلَا يَدْخُلُ في بَيْعِهِ ما ليس منه وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تَدْخُلَ ثِيَابُ بَدَنِهِ كما لَا يَدْخُلُ اللِّجَامُ وَالسَّرْجُ وَالْعِذَارُ في بَيْعِ الدَّابَّةِ لِمَا قُلْنَا لَكِنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا في ثِيَابِ الْبِذْلَةِ وَالْمِهْنَةِ وَهِيَ التي يَلْبَسُهَا في الْيَوْمِ وَاللَّيْلَةِ لِتَعَامُلِ الناس وَتَعَارُفِهِمْ

وَأَمَّا الثِّيَابُ النَّفِيسَةُ التي لَا يَلْبَسُهَا إلَّا وَقْتَ الْعَرْضِ لِلْبَيْعِ فَلَا تَدْخُلُ في الْبَيْعِ

لِانْعِدَامِ التَّعَارُفِ في ذلك فَبَقِيَ على أَصْلِ الْقِيَاسِ وَهَذَا مِمَّا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ عُرْفِ الناس وَعَادَاتِهِمْ في كل بَلَدٍ فَبُنِيَ الْأَمْرُ فيه على ذلك وَكَذَا لو أَعْتَقَ عَبْدَهُ على مَالٍ فَمَالُهُ لِمَوْلَاهُ لِمَا قُلْنَا

وَكَذَا لو أَعْتَقَ مُدَبَّرَهُ أو أُمَّ وَلَدِهِ لِأَنَّهُ مَرْقُوقٌ مَمْلُوكٌ فَلَا يَكُونُ له مَالٌ وَلَوْ كَاتَبَ عَبْدَهُ فما كان له من الْمَالِ وَقْتَ الْكِتَابَةِ يَكُونُ لِمَوْلَاهُ لِأَنَّهُ كَسْبُ الْقِنِّ وما اكْتَسَبَ بَعْدَ الْكِتَابَةِ يَكُونُ له لِأَنَّهُ كَسْبُ الْمُكَاتَبِ وَلِأَنَّهُ حُرٌّ يَدًا فَكَانَ كَسْبُهُ له وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ من غَيْرِ ضَرَرٍ يَلْحَقُ الْبَائِعَ فَإِنْ لم يُمْكِنْ تَسْلِيمُهُ إلَّا بِضَرَرٍ يَلْزَمُهُ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ لِأَنَّ الضَّرَرَ لَا يُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ وَلَا يَلْزَمُ بِالْتِزَامِ الْعَاقِدِ إلَّا ضَرَرُ تَسْلِيمِ الْمَعْقُودِ عليه فَأَمَّا ما وَرَاءَهُ فَلَا

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا بَاعَ جِذْعًا له في سَقْفٍ أو آجُرًّا له في حَائِطٍ أو ذِرَاعًا في دِيبَاجٍ أو كِرْبَاسٍ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ تَسْلِيمُهُ إلَّا بِالنَّزْعِ وَالْقَطْعِ وَفِيهِ ضَرَرٌ بِالْبَائِعِ وَالضَّرَرُ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ فَكَانَ هذا على هذا التَّقْدِيرِ بَيْعَ ما لَا يَجِبُ تَسْلِيمُهُ شَرْعًا فَيَكُونُ فَاسِدًا فَإِنْ نَزَعَهُ الْبَائِعُ أو قَطَعَهُ وَسَلَّمَهُ إلَى الْمُشْتَرِي قبل أَنْ يَفْسَخَ الْمُشْتَرِي الْبَيْعَ جَازَ الْبَيْعُ حتى يُجْبَرَ الْمُشْتَرِي على الْأَخْذِ لِأَنَّ الْمَانِعَ من الْجَوَازِ ضَرَرُ الْبَائِعِ بِالتَّسْلِيمِ

فإذا سَلَّمَ بِاخْتِيَارِهِ وَرِضَاهُ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ فَجَازَ الْبَيْعُ وَلَزِمَ فرق (((وفرق))) بين هذا وَبَيْنَ بَيْعِ الْأَلْيَةِ في الشَّاةِ الْحَيَّةِ وَالنَّوَى في التَّمْرِ وَالزَّيْتِ في الزَّيْتُونِ وَالدَّقِيقِ في الْحِنْطَةِ وَالْبَزْرِ في الْبِطِّيخِ وَنَحْوِهَا أَنَّهُ لَا يَنْعَقِدُ أَصْلًا حتى لو سَلِمَ لم يَجُزْ وقد ذَكَرْنَا وَجْهَ الْفَرْقِ فِيمَا تَقَدَّمَ وَالْأَصْلُ الْمَحْفُوظُ أَنَّ ما لَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ إلَّا بِضَرَرٍ يَرْجِعُ إلَى قَطْعِ اتِّصَالٍ ثَابِتٍ بِأَصْلِ الْخِلْقَةِ فَبَيْعُهُ بَاطِلٌ وما لَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ إلَّا بِضَرَرٍ يَرْجِعُ إلَى قَطْعِ اتِّصَالٍ عَارِضٍ فبيعه (((فبيع))) فَاسِدٌ إلَّا أَنْ يُقْطَعَ بِاخْتِيَارِهِ وَيُسْلَمَ فَيَجُوزُ

وَالْقِيَاسُ على هذا الْأَصْلِ أَنْ يَجُوزَ بَيْعُ الصُّوفِ على ظَهْرِ الْغَنَمِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ من غَيْرِ ضَرَرٍ يَلْزَمُهُ بِالْجَزِّ إلَّا أَنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا عَدَمَ الْجَوَازِ لِلنَّصِّ وهو ما رُوِيَ عن عبد اللَّهِ بن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما عن رسول اللَّهِ وَلِأَنَّ الْجَزَّ من أَصْلِهِ لَا يَخْلُو عن الْإِضْرَارِ بِالْحَيَوَانِ وَمَوْضِعُ الْجَزِّ فِيمَا فَوْقَ ذلك غَيْرُ مَعْلُومٍ فَتَجْرِي فيه الْمُنَازَعَةُ فَلَا يَجُوزُ

وَلَوْ بَاعَ حِلْيَةَ سَيْفٍ فَإِنْ كان يَتَخَلَّصُ من غَيْرِ ضَرَرٍ يَجُوزُ وَإِنْ كان لَا يَتَخَلَّصُ إلَّا بِضَرَرٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ إلَّا إذَا فَصَلَ وسلم وَعَلَى هذا بِنَاءٌ بين رَجُلَيْنِ وَالْأَرْضُ لِغَيْرِهِمَا فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ من الْبِنَاءِ لِغَيْرِ شَرِيكِهِ لم يَجُزْ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ إلَّا بِضَرَرٍ وهو نَقْضُ الْبِنَاءِ

وَكَذَا زَرْعٌ بين رَجُلَيْنِ أو ثِمَارٌ بَيْنَهُمَا في أَرْضٍ لَهُمَا حَقُّ التَّرْكِ فيها إلَى وَقْتِ الْإِدْرَاكِ فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ قبل الْإِدْرَاكِ لم يَجُزْ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ إلَّا بِضَرَرِ صَاحِبِهِ لِأَنَّهُ يُجْبَرُ على الْقَلْعِ لِلْحَالِ وَفِيهِ ضَرَرٌ بِهِ

وَلَوْ بَاعَ بَعْدَ الْإِدْرَاكِ جَازَ لِانْعِدَامِ الضَّرَرِ وَكَذَا إذَا كان الزَّرْعُ كُلُّهُ لِرَجُلٍ ولم يُدْرِكْ فَبَاعَ الزَّرْعَ لم يَجُزْ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ إلَّا بِقَطْعِ الْكُلِّ وَفِيهِ ضَرَرٌ وَلَوْ

كان بَعْدَ الْإِدْرَاكِ جَازَ لِانْعِدَامِ الضَّرَرِ
دَارٌ أو أَرْضٌ بين رَجُلَيْنِ مَشَاعٌ غَيْرُ مَقْسُومٍ فَبَاعَ أَحَدُهُمَا بَيْتًا منها بِعَيْنِهِ قبل الْقِسْمَةِ أو بَاعَ قِطْعَةً من الْأَرْضِ بِعَيْنِهَا قبل الْقِسْمَةِ لم يَجُزْ لَا في نَصِيبِهِ وَلَا في نَصِيبِ صَاحِبِهِ أَمَّا في نَصِيبِهِ خَاصَّةً فَظَاهِرٌ وَأَمَّا في نَصِيبِ صَاحِبِهِ فَلِأَنَّ فيه إضْرَارًا بِصَاحِبِهِ بِإِحْدَاثِ زِيَادَةِ شَرِكَةٍ
وَلَوْ بَاعَ جَمِيعَ نَصِيبِهِ من الدَّارِ وَالْأَرْضِ جَازَ لِأَنَّهُ لم يُحْدِثْ زِيَادَةَ شَرِكَةٍ وَإِنَّمَا قام الْمُشْتَرِي مَقَامَ الْبَائِعِ وَلَوْ بَاعَ اللُّؤْلُؤَةَ في الصَّدَفَةِ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُهَا إلَّا بِشَقِّ الصَّدَفَةِ وأنه ضَرَرٌ فِيمَا وَرَاءَ الْمَعْقُودِ فَصَارَ كَبَيْعِ الْجِذْعِ في السَّقْفِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّهُ لَا يَتَضَرَّرُ بِشَقِّ الصَّدَفَةِ لِأَنَّ الصَّدَفَ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ إلَّا بِالشَّقِّ وَلَوْ بَاعَ قَفِيزًا من هذه الصُّبْرَةِ أو عَشَرَةَ دَرَاهِمَ من هذه النُّقْرَةِ جَازَ لِأَنَّهُ لَا يَتَضَرَّرُ بِالْفَصْلِ وَالتَّمْيِيزِ
وَكَذَا لو بَاعَ الْقَوَائِمَ على رؤوس الْأَشْجَارِ أو بَاعَ الثِّمَارَ على رؤوس الْأَشْجَارِ بِشَرْطِ الْقَطْعِ أو مُطْلَقًا جَازَ لِمَا قُلْنَا
وَكَذَا لو بَاعَ بِنَاءَ الدَّارِ دُونَ الْعَرْصَةِ أو الْأَشْجَارَ الْقَائِمَةَ على الْأَرْضِ دُونَ الْأَرْضِ أو الزَّرْعَ أو الْبُقُولَ الْقَائِمَةَ قبل الْجَذِّ أَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ تَسْلِيمُ هذه الْأَشْيَاءِ من غَيْرِ ضَرَرٍ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا الْخُلُوُّ عن الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ وَهِيَ أَنْوَاعٌ منها شَرْطٌ في وُجُودِهِ غَرَرٌ نحو ما إذَا اشْتَرَى نَاقَةً على أنها حَامِلٌ لِأَنَّ الْمَشْرُوطَ لَا يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ وَالْعَدَمَ وَلَا يُمْكِنُ الْوُقُوفُ عليه لِلْحَالِ لِأَنَّ عِظَمَ الْبَطْنِ وَالتَّحَرُّكَ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ لِعَارِضِ دَاءٍ أو غَيْرِهِ فَكَانَ في وُجُودِهِ غَرَرٌ فَيُوجِبُ فَسَادَ الْبَيْعِ لِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ نهى عن بَيْعِ الغرر (((وغرر)))
وَالْمَنْهِيُّ عنه فَاسِدٌ وَرَوَى الْحَسَنُ بن زِيَادٍ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّ الْبَيْعَ بهذا الشَّرْطِ جَائِزٌ لِأَنَّ كَوْنَهَا حَامِلًا بِمَنْزِلَةِ شَرْطِ كَوْنِ الْعَبْدِ كَاتِبًا أو خَيَّاطًا وَنَحْوَ ذلك وَذَا جَائِزٌ فَكَذَا هذا
وَلَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً على أنها حَامِلٌ إلَّا رِوَايَةً فيه عن أَصْحَابِنَا وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال بَعْضُهُمْ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ قِيَاسًا على الْبَهَائِمِ وَإِلَيْهِ أَشَارَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في الْبُيُوعِ فإنه قال لو بَاعَ وَتَبَرَّأَ من حَمْلِهَا جَازَ الْبَيْعُ وَلَيْسَ هذا كَالشَّرْطِ وَظَاهِرُ قَوْلِهِ وَلَيْسَ هذا كَالشَّرْطِ يُشِيرُ إلَى أَنَّ شَرْطَ الْخِيَارِ فيه مُفْسِدٌ وقال بَعْضُهُمْ يَجُوزُ لِأَنَّ الْحَبَلَ في الْجَوَارِي عَيْبٌ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو اشْتَرَى

جَارِيَةً فَوَجَدَهَا حَامِلًا له أَنْ يَرُدَّهَا فَكَانَ ذِكْرُ الْحَبَلِ في الْجَوَارِي إبْرَاءً عن هذا الْعَيْبِ بِخِلَافِ الْبَهَائِمِ لِأَنَّ الْحَبَلَ فيها زِيَادَةٌ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو اشْتَرَى بَهِيمَةً فَوَجَدَهَا حَامِلًا ليس له حَقُّ الرَّدِّ فَكَانَ ذِكْرُ الْحَبَلِ فيها شَرْطًا في وُجُودِهِ غَرَرٌ فَيُفْسِدُ الْبَيْعَ وَبَعْضُهُمْ فَصَّلَ فيه تَفْصِيلًا فقال إنْ اشْتَرَاهَا لِيَتَّخِذَهَا ظِئْرًا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ لِأَنَّهُ شَرْطُ زِيَادَةٍ في وُجُودِهَا خَطَرٌ وَهِيَ مَجْهُولَةٌ أَيْضًا فَأَشْبَهَ اشْتِرَاطَ الْحَبَلِ في بَيْعِ النَّاقَةِ وَإِنْ لم يُرِدْ بِالشِّرَاءِ ذلك جَازَ الْبَيْعُ لِأَنَّ ذِكْرَهُ يَكُونُ إبْرَاءً عن هذا الْعَيْبِ على ما بَيَّنَّا
وَلَوْ اشْتَرَى نَاقَةً وَهِيَ حَامِلٌ على أنها تَضَعُ حَمْلَهَا إلَى شَهْرٍ أو شَهْرَيْنِ فَالْبَيْعُ

فَاسِدٌ لِأَنَّ فِي وُجُودِ هذا الشَّرْطِ غَرَرًا وَكَذَا لو اشْتَرَى بَقَرَةً على أنها تَحْلُبُ كَذَا كَذَا رَطْلًا لِمَا قُلْنَا وَلَوْ اشْتَرَى بَقَرَةً على أنها حَلُوبَةٌ لم يُذْكَرْ هذا في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَرَوَى الْحَسَنُ في الْمُجَرَّدِ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَجُوزُ وهو قِيَاسُ رِوَايَتِهِ في شَرْطِ الْحَبَلِ

وَوَجْهُهُ أَنَّ شَرْطَ كَوْنِهَا حَلُوبَةً شَرْطُ زِيَادَةِ صِفَةٍ فَأَشْبَهَ شَرْطَ الطَّبْخِ وَالْخَبْزِ في الْجَوَارِي وَرَوَى ابن سِمَاعَةَ في نَوَادِرِهِ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وهو اخْتِيَارُ الْكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ

وَوَجْهُهُ أَنَّ هذا شَرْطُ زِيَادَةٍ فَيَجْرِي في وُجُودِهَا غَرَرٌ وهو مَجْهُولٌ وهو اللَّبَنُ فَلَا يَصْلُحُ شَرْطًا في الْبَيْعِ وَكَوْنُهَا حَلُوبَةً إنْ كان صِفَةً لها لَكِنَّهَا لَا تُوصَفُ بِهِ إلَّا بِوُجُودِ اللَّبَنِ وفي وُجُودِهِ غَرَرٌ وَجَهَالَةٌ على ما ذَكَرْنَا فَيُوجِبُ فَسَادَ الْبَيْعِ وَلَوْ اشْتَرَى بَقَرَةً على أنها لَبُونٌ ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّ هذا الشَّرْطَ لَا يُفْسِدُ الْبَيْعَ وَالْجَوَابُ فيه كَالْجَوَابِ في الْحَلُوبَةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَلَوْ اشْتَرَى قُمْرِيَّةً على أنها تُصَوِّتُ أو طَيْرًا على أَنَّهُ يَجِيءُ من مَكَان بَعِيدٍ أو كَبْشًا على أَنَّهُ نَطَّاحٌ أو دِيكًا على أَنَّهُ مُقَاتِلٌ فالبيع (((فالبيع))) فَاسِدٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وهو إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ شَرْطٌ فيه غَرَرٌ وَالْوُقُوفُ عليه غَيْرُ مُمْكِنٍ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْجَبْرَ عليه فَصَارَ كَشَرْطِ الْحَبَلِ وَلِأَنَّ هذه صِفَاتٌ يُتَلَهَّى بها عَادَةً وَالتَّلَهِّي مَحْظُورٌ فَكَانَ هذا شَرْطًا مَحْظُورًا فَيُوجِبُ فَسَادَ الْبَيْعِ

وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إذَا بَاعَ قُمْرِيَّةً على أنها تُصَوِّتُ فإذا صَوَّتَتْ جَازَ الْبَيْعُ لِأَنَّهَا لَمَّا صَوَّتَتْ عُلِمَ أنها مُصَوِّتَةٌ فلم يَتَحَقَّقْ غَرَرُ الْعَدَمِ وَعَلَى هذه الرِّوَايَةِ قالوا في الْمُحْرِمِ إذَا قَتَلَ قُمْرِيَّةً مُصَوِّتَةً أنه يَضْمَنُ قِيمَتَهَا مُصَوِّتَةً وَلَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً على أنها مُغَنِّيَةٌ على سَبِيلِ الرَّغْبَةِ فيها فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ لِأَنَّ التَّغْنِيَةَ صِفَةٌ مَحْظُورَةٌ لِكَوْنِهَا لَهْوًا فَشَرْطُهَا في الْبَيْعِ يُوجِبُ فَسَادَهُ وَلَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً على أنها مُغَنِّيَةٌ على وَجْهِ إظْهَارِ الْعَيْبِ جَازَ الْبَيْعُ لِأَنَّ هذا بَيْعٌ بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ عن هذا الْعَيْبِ فَصَارَ كما لو بَاعَهَا بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ عن عَيْبٍ آخَرَ فَإِنْ وَجَدَهَا لَا تغنى لَا خِيَارَ له لِأَنَّ الْغِنَاءَ في الْجَوَارِي عَيْبٌ فَصَارَ كما لو اشْتَرَى على أَنَّهُ مَعِيبٌ فَوَجَدَهُ سَلِيمًا

وَلَوْ اشْتَرَى كَلْبًا أو فَهْدًا على أَنَّهُ مُعَلَّمٌ قال أبو يُوسُفَ يَجُوزُ الْبَيْعُ وهو إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن مُحَمَّدٍ لِأَنَّ هذا شَرْطٌ يُمْكِنُ الْوُقُوفُ عليه بِأَنْ يَأْخُذَ الْمَصِيدَ فَيُمْسِكُهُ على صَاحِبِهِ وَذَا ليس بِشَرْطٍ مَحْظُورٍ لِأَنَّ تَعْلِيمَ الْكَلْبِ وَالِاصْطِيَادَ بِهِ مُبَاحٌ فَأَشْبَهَ شَرْطَ الْكِتَابَةِ في الْعَبْدِ وَالطَّبْخِ في الْجَارِيَةِ

وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّ الْبَيْعَ فَاسِدٌ لِأَنَّهُ شَرْطٌ فيه غَرَرٌ إذْ لَا يُمْكِنُ الْوُقُوفُ عليه إلَّا بِالِاصْطِيَادِ وَالْجَبْرُ عليه غَيْرُ مُمْكِنٍ وَلَوْ اشْتَرَى بِرْذَوْنًا على أَنَّهُ هِمْلَاجٌ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ لِأَنَّهُ شَرْطٌ يُمْكِنُ الْوُقُوفُ عليه بِالتَّسْيِيرِ فلم يَكُنْ في وُجُودِهِ غَرَرٌ وَلَا خَطَرٌ أَيْضًا وَإِنْ شِئْت أَفْرَدْت لِجِنْسِ هذه الْمَسَائِلِ شَرْطًا على حِدَةٍ وَخَرَّجْتهَا إلَيْهِ فَقُلْت وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ الْمَشْرُوطُ مَحْظُورًا فَافْهَمْ

وَمِنْهَا شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِلْبَائِعِ أو لِلْمُشْتَرِي أو لِلْمَبِيعِ إنْ كان من بَنِي آدَمَ كَالرَّقِيقِ وَلَيْسَ بِمُلَائِمٍ لِلْعَقْدِ وَلَا مِمَّا جَرَى بِهِ التَّعَامُلُ بين الناس نحو ما إذَا بَاعَ دَارًا على أَنْ يَسْكُنَهَا الْبَائِعُ شَهْرًا ثُمَّ يُسَلِّمَهَا إلَيْهِ أو أَرْضًا على أَنْ يَزْرَعَهَا سَنَةً أو دَابَّةً على أَنْ يَرْكَبَهَا شَهْرًا أو ثَوْبًا على أَنْ يَلْبَسَهُ أُسْبُوعًا أو على أَنْ يُقْرِضَهُ الْمُشْتَرِي قَرْضًا أو على أَنْ يَهَبَ له هِبَةً أو يُزَوِّجَ ابْنَتَهُ منه أو يَبِيعَ منه كَذَا وَنَحْوَ ذلك أو اشْتَرَى ثَوْبًا على أَنْ يَخِيطَهُ الْبَائِعُ قَمِيصًا أو حِنْطَةً على أَنْ يَطْحَنَهَا أو ثَمَرَةً على أَنْ يَجُذَّهَا أو رَبْطَةً قَائِمَةً على الْأَرْضِ على أَنْ يَجُذَّهَا أو شيئا له حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ على أَنْ يَحْمِلَهُ الْبَائِعُ إلَى مَنْزِلِهِ وَنَحْوَ ذلك

فَالْبَيْعُ في هذا كُلِّهِ فَاسِدٌ لِأَنَّ زِيَادَةَ مَنْفَعَةٍ مَشْرُوطَةٍ في الْبَيْعِ تَكُونُ رِبًا لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ لَا يُقَابِلُهَا عِوَضٌ في عَقْدِ الْبَيْعِ وهو تَفْسِيرُ الرِّبَا وَالْبَيْعُ الذي فيه الرِّبَا فَاسِدٌ أو فيه شُبْهَةُ الرِّبَا وَإِنَّهَا مُفْسِدَةٌ لِلْبَيْعِ كَحَقِيقَةِ الرِّبَا على ما نُقَرِّرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَكَذَا لو بَاعَ جَارِيَةً على أَنْ يُدَبِّرَهَا الْمُشْتَرِي أو على أَنْ يَسْتَوْلِدَهَا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ لِأَنَّهُ شَرْطٌ فيه مَنْفَعَةٌ لِلْمَبِيعِ وَإِنَّهُ مُفْسِدٌ وَكَذَا لو بَاعَهَا بِشَرْطِ أَنْ يُعْتِقَهَا

الْمُشْتَرِي فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عن أَصْحَابِنَا وَرَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ جَائِزٌ وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ

وَوَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ شَرْطَ الإعتاق (((الاعتقاد))) مِمَّا يُلَائِمُ الْعَقْدَ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ إنْهَاءُ الْمِلْكِ وَإِنْهَاءُ الْمِلْكِ تَقْرِيرٌ له فَكَانَ مُلَائِمًا وَالدَّلِيلُ على أَنَّ الْإِعْتَاقَ إنْهَاءٌ لِلْمِلْكِ أَنَّ الْبَيْعَ ثَبَتَ مُقْتَضَى الْأَمْرِ بِالْإِعْتَاقِ في قَوْلِ الرَّجُلِ أَعْتِقْ عَبْدَك عَنِّي على أَلْفِ دِرْهَمٍ فَأَعْتَقَ حتى يَقَعَ الْعِتْقُ عن الْآمِرِ وَلَا عِتْقَ إلَّا بِالْمِلْكِ وَلَا مِلْكَ إلَّا بِالتَّمْلِيكِ فَلَوْ كان الْإِعْتَاقُ إزَالَةَ الْمِلْكِ لَمَا تُصُوِّرَ وُجُودُ الْإِعْتَاقِ مُقْتَضَاهُ لِأَنَّهُ ضِدُّهُ وَالشَّيْءُ لَا يَقْتَضِي ضِدَّهُ وإذا كان إنْهَاءَ الْمِلْكِ كان تَقْرِيرًا له فَكَانَ مُلَائِمًا لِلْعَقْدِ فَلَا يُوجِبُ فَسَادَهُ وَلِظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا يَعُمُّ الْكُلَّ

وَالثَّانِي يَخُصُّ أَبَا حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ أَنَّ شَرْطَ الْعِتْقِ شَرْطٌ لَا يُلَائِمُهُ الْعَقْدُ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَقْتَضِي الْمِلْكَ وَالْمِلْكَ يَقْتَضِي إطْلَاقَ التَّصَرُّفِ في الْمَمْلُوكِ تَحْصِيلًا وَتَرْكًا وَشَرْطُ الْإِعْتَاقِ يَقْتَضِي الِاسْتِحْقَاقَ وَاللُّزُومَ لَا مَحَالَةَ فَلَا يُلَائِمُهُ بَلْ يُضَادُّهُ

وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ هذا الشَّرْطَ يُلَائِمُ الْعَقْدَ من وَجْهٍ وَلَا يُلَائِمُهُ من وَجْهٍ وَهَذَا يُوجِبُ الْفَسَادَ على ما نَذْكُرُ تَقْرِيرَهُ ثُمَّ إذَا بَاعَ بهذا الشَّرْطِ فَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي انْقَلَبَ الْعَقْدُ جَائِزًا بِالْإِعْتَاقِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ اسْتِحْسَانًا حتى يَجِبُ على الْمُشْتَرِي الثَّمَنُ سَوَاءٌ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْقَبْضِ أو قَبْلَهُ

هَكَذَا رَوَى ابن شُجَاعٍ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ

وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا حتى تَلْزَمَهُ قِيمَةُ الْجَارِيَةِ وهو الْقِيَاسُ

وَهَكَذَا رَوَى أبو يُوسُفَ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ

وَوَجْهُهُ ظَاهِرٌ لِأَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ فَاسِدًا من حِينِ وُجُودِهِ وَبِالْإِعْتَاقِ لَا يَنْعَدِمُ الْفَسَادُ بَلْ يَتَقَرَّرُ لِأَنَّهُ إنْهَاءٌ لِلْمِلْكِ وَإِنَّهُ تَقْرِيرٌ فَيُوجِبُ تَقَرُّرَ الْفَسَادِ لِلْفَاسِدِ وَالْفَاسِدُ يُفِيدُ الْمِلْكَ بِالْقِيمَةِ لَا بِالثَّمَنِ

وَلِهَذَا لو هَلَكَ الْعَبْدُ في يَدِهِ قبل الْإِعْتَاقِ تَلْزَمُهُ الْقِيمَةُ

وَكَذَا لو بَاعَهُ من رَجُلٍ أو وَهَبَهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ كَذَا هَهُنَا

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ما ذَكَرْنَا أَنَّ شَرْطَ الْإِعْتَاقِ يُلَائِمُ الْعَقْدَ من وَجْهٍ وَلَا يُلَائِمُهُ من وَجْهٍ لِأَنَّهُ إنْهَاءٌ من وَجْهٍ وَإِزَالَةٌ من وَجْهٍ فَمِنْ حَيْثُ إنَّهُ إنْهَاءٌ كان يُلَائِمُهُ لِأَنَّهُ تَقْرِيرٌ لَكِنْ من حَيْثُ إنَّهُ إزَالَةٌ لَا يُلَائِمُهُ

لِأَنَّهُ تَغْيِيرُ مُوجَبِ الْعَقْدِ فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِالشَّبَهَيْنِ فَعَمِلْنَا بِشَبَهِ الْإِزَالَةِ فَقُلْنَا بِفَسَادِ الْعَقْدِ في الِابْتِدَاءِ وَعَمِلْنَا بِشَبَهِ الْإِنْهَاءِ فَقُلْنَا بِجَوَازِهِ في الِانْتِهَاءِ عَمَلًا

بِالشَّبَهَيْنِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ
فَإِنْ قِيلَ لِمَ لَا يُعْمَلُ بِهِمَا على الْقَلْبِ مِمَّا قُلْتُمْ
قِيلَ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ لِأَنَّا لم نَجِدْ جَائِزًا انْقَلَبَ فَاسِدًا في أُصُولِ الشَّرِيعَةِ وَوَجَدْنَا فَاسِدًا انْقَلَبَ جَائِزًا كما في بَيْعِ الرَّقْمِ بِخِلَافِ ما إذَا بَاعَ أو وَهَبَ
لِأَنَّ ذلك ليس إنْهَاءَ الْمِلْكِ وَبِخِلَافِ ما إذَا بَاعَ بِشَرْطِ التَّدْبِيرِ أو الِاسْتِيلَادِ فَدَبَّرَهَا الْمُشْتَرِي أو اسْتَوْلَدَهَا أَنَّ الْبَيْعَ لَا يَنْقَلِبُ إلَى الْجَوَازِ
لِأَنَّ التَّدْبِيرَ وَالِاسْتِيلَادَ لَا يُوجِبَانِ إنْهَاءَ الْمِلْكِ بِيَقِينٍ لِاحْتِمَالِ قَضَاءِ الْقَاضِي بِجَوَازِ بَيْعِ الْمُدَبَّرِ
وَبِجَوَازِ بَيْعِ أُمِّ الْوَلَدِ في الْجُمْلَةِ فَكَانَ ذلك شَرْطًا لَا يُلَائِمُ الْعَقْدَ أَصْلًا فَأَوْجَبَ لُزُومَ الْفَسَادِ
وَكَذَا لو بَاعَ عَبْدًا أو جَارِيَةً بِشَرْطِ أَنْ لَا يَبِيعَهُ وَأَنْ لَا يَهَبَهُ وَأَنْ لَا يُخْرِجَهُ عن مِلْكِهِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ
لِأَنَّ هذا شَرْطٌ يَنْتَفِعُ بِهِ الْعَبْدُ وَالْجَارِيَةُ بِالصِّيَانَةِ عن تَدَاوُلِ الْأَيْدِي فَيَكُونُ مُفْسِدًا لِلْبَيْعِ
وَأَمَّا فِيمَا سِوَى الرَّقِيقِ إذَا بَاعَ ثَوْبًا على أَنْ لَا يَبِيعَهُ الْمُشْتَرِي أو لَا يَهَبَهُ أو دَابَّةً على أَنْ لَا يَبِيعَهَا أو يَهَبَهَا أو طَعَامًا على أَنْ يَأْكُلَهُ وَلَا يَبِيعَهُ ذَكَرَ في الْمُزَارَعَةِ ما يَدُلُّ على جَوَازِ الْبَيْعِ فإنه قال لو شَرَطَ أَحَدُ الْمُزَارِعِينَ في الْمُزَارَعَةِ على أَنْ لَا يَبِيعَ الْآخَرُ نَصِيبَهُ وَلَا يَهَبَهُ فَالْمُزَارَعَةُ جَائِزَةٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ
وَهَكَذَا رَوَى الْحَسَنُ في الْمُجَرَّدِ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ
وفي الْإِمْلَاءِ عن أبي يُوسُفَ أَنَّ الْبَيْعَ بهذا الشَّرْطِ فَاسِدٌ
وَوَجْهُهُ أَنَّهُ شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَلَا يُلَائِمُهُ وَلَا جَرَى بِهِ التَّعَارُفُ بين الناس فَيَكُونُ مُفْسِدًا كما في سَائِرِ الشَّرَائِطِ الْمُفْسِدَةِ وَالصَّحِيحُ ما ذَكَرَ في الْمُزَارَعَةِ لِأَنَّ هذا شرط (((الشرط))) لَا مَنْفَعَةَ فيه لِأَحَدٍ فَلَا يُوجِبُ الْفَسَادَ وَهَذَا لِأَنَّ فَسَادَ الْبَيْعِ في مِثْلِ هذه الشُّرُوطِ لِتَضَمُّنِهَا الرِّبَا وَذَلِكَ بِزِيَادَةِ مَنْفَعَةٍ مَشْرُوطَةٍ في الْعَقْدِ لَا يُقَابِلُهَا عِوَضٌ ولم يُوجَدْ في هذا الشَّرْطِ لِأَنَّهُ لَا مَنْفَعَةَ فيه لِأَحَدٍ إلَّا أَنَّهُ شَرْطٌ فَاسِدٌ في نَفْسِهِ لَكِنَّهُ لَا يُؤَثِّرُ في الْعَقْدِ فَالْعَقْدُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ
وَلَوْ بَاعَ ثَوْبًا على أَنْ يَحْرِقَهُ الْمُشْتَرِي أو دَارًا على أَنْ يُخَرِّبَهَا فَالْبَيْعُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ لِأَنَّ شَرْطَ الْمَضَرَّةِ لَا يُؤَثِّرُ في الْبَيْعِ على ما ذَكَرْنَا وَلَوْ بَاعَ جَارِيَةً على أَنْ لَا يَطَأَهَا الْمُشْتَرِي ذَكَرَ ذلك في الِاخْتِلَافِ بين أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ اخْتِلَافًا ولم يذكر قَوْلَ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ فقال الْبَيْعُ فَاسِدٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْبَيْعُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ
وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ أَنْ

يَطَأَهَا جَازَ الْبَيْعُ وَالشَّرْطُ في قَوْلِهِمْ جميعا وَرُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْبَيْعَ فَاسِدٌ في الْمَوْضِعَيْنِ جميعا
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ هذا شَرْطٌ لَا مَنْفَعَةَ فيه لِأَحَدٍ فَلَا يُؤَثِّرُ في فَسَادِ الْبَيْعِ كما لو بَاعَ ما سِوَى الرَّقِيقِ على أَنْ لَا يَبِيعَ أو لَا يَهَبَ إلَّا أَنَّهُ نوع (((نوى)))

مَضَرَّةً لِلْمُشْتَرِي فَكَانَ بَاطِلًا وَالْبَيْعُ صَحِيحًا
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أن هذا شَرْطٌ يُخَالِفُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ لِأَنَّ حِلَّ الْوَطْءِ أَمْرٌ يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَهَذَا الشَّرْطُ يَنْفِيهِ بِخِلَافِ ما إذَا بَاعَ بِشَرْطِ أَنْ يَطَأَهَا لِأَنَّ ذلك شَرْطٌ يُقَرِّرُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ لِأَنَّ إبَاحَةَ الْوَطْءِ مِمَّا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ على ما رُوِيَ عنه أَنَّ شَرْطَ الْوَطْءِ مِمَّا لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ أَيْضًا بَلْ يَنْفِيه لِأَنَّ الْبَيْعَ يَقْتَضِي الْحِلَّ لَا الِاسْتِحْقَاقَ وَقَضِيَّةُ الشَّرْطِ الِاسْتِحْقَاقُ وَاللُّزُومُ وَهُمَا مِمَّا لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ بَلْ يَنْفِيهِ
وَأَمَّا الشَّرْطُ الذي يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ فَلَا يُوجِبُ فَسَادَهُ كما إذَا اشْتَرَى بِشَرْطِ أَنْ يَتَمَلَّكَ الْمَبِيعَ أو بَاعَ بِشَرْطِ أَنْ يَتَمَلَّكَ الثَّمَنَ أو بَاعَ بِشَرْطِ أَنْ يحبس (((يبخس))) الْمَبِيعَ أو اشْتَرَى على أَنْ يُسَلِّمَ الْمَبِيعَ أو اشْتَرَى جَارِيَةً على أَنْ تَخْدِمَهُ أو دَابَّةً على أَنْ يَرْكَبَهَا أو ثَوْبًا على أَنْ يَلْبَسَهُ أو حِنْطَةً في سُنْبُلِهَا وَشَرَطَ الْحَصَادَ على الْبَائِعِ وَنَحْوَ ذلك فَالْبَيْعُ جَائِزٌ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَقْتَضِي هذه الْمَذْكُورَاتِ من غَيْرِ شَرْطٍ فَكَانَ ذِكْرُهَا في مَعْرِضِ الشَّرْطِ تَقْرِيرًا لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ فَلَا تُوجِبُ فَسَادَ الْعَقْدِ
وَلَوْ اشْتَرَى شيئا بِشَرْطِ أَنْ يُوفِيَهُ في مَنْزِلِهِ فَهَذَا لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي وَالْبَائِعُ بِمَنْزِلِهِمَا في الْمِصْرِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا في الْمِصْرِ وَالْآخَرُ خَارِجَ الْمِصْرِ فَإِنْ كان كِلَاهُمَا في الْمِصْرِ فَالْبَيْعُ بهذا الشَّرْطِ جَائِزٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ اسْتِحْسَانًا إلَّا إذَا كان في تَصْحِيحِ هذا الشَّرْطِ تَحْقِيقُ الرِّبَا كما إذَا تَبَايَعَا حِنْطَةً بِحِنْطَةٍ وَشَرَطَ أَحَدُهُمَا على صَاحِبِهِ الْإِيفَاءَ في مَنْزِلِهِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الْبَيْعُ بهذا الشَّرْطِ فَاسِدٌ وهو الْقِيَاسُ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِلْمُشْتَرِي فَأَشْبَهَ ما إذَا اشْتَرَى بِشَرْطِ الْحَمْلِ إلَى مَنْزِلِهِ أو بِشَرْطِ الْإِيفَاءِ في مَنْزِلِهِ وَأَحَدُهُمَا في الْمِصْرِ وَالْآخَرُ خَارِجَ الْمِصْرِ
وَلَهُمَا أَنَّ الناس تَعَامَلُوا الْبَيْعَ بهذا الشَّرْطِ إذَا كان الْمُشْتَرِي في الْمِصْرِ فَتَرَكْنَا الْقِيَاسَ لِتَعَامُلِ الناس وَلَا تَعَامُلَ فِيمَا إذَا لم يَكُونَا في الْمِصْرِ وَلَا في شَرْطِ الْحَمْلِ إلَى الْمَنْزِلِ فَعَمِلْنَا بِالْقِيَاسِ فيه
وَكَذَلِكَ الشَّرْطُ الذي لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ لَكِنَّهُ مُلَائِمٌ لِلْعَقْدِ لَا يُوجِبُ فَسَادَ الْعَقْدِ أَيْضًا لِأَنَّهُ مُقَرِّرٌ لِحُكْمِ الْعَقْدِ من حَيْثُ الْمَعْنَى مؤكد (((مؤكدا))) إيَّاهُ على ما نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فَيُلْحَقُ بِالشَّرْطِ الذي هو من مُقْتَضَيَاتِ الْعَقْدِ وَذَلِكَ نحو ما إذَا بَاعَ على أَنْ يُعْطِيَهُ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ رَهْنًا أو كَفِيلًا وَالرَّهْنُ مَعْلُومٌ وَالْكَفِيلُ حَاضِرٌ فَقَبِلَ
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ في الْبَيْعِ بِشَرْطِ إعْطَاءِ الرَّهْنِ أَنَّ الرَّهْنَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا أو مَجْهُولًا فَإِنْ كان مَعْلُومًا فَالْبَيْعُ جائزا (((جائز))) اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ لِأَنَّ الشَّرْطَ الذي يُخَالِفُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ مُفْسِدٌ في الْأَصْلِ وَشَرْطُ الرَّهْنِ وَالْكَفَالَةِ مِمَّا يُخَالِفُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ فَكَانَ مُفْسِدًا إلَّا أن (((أنا))) اسْتَحْسَنَّا الْجَوَازَ لِأَنَّ هذا الشَّرْطَ لو كان مُخَالِفًا مُقْتَضَى الْعَقْدِ صُورَةً فَهُوَ مُوَافِقٌ له مَعْنًى لِأَنَّ الرَّهْنَ بِالثَّمَنِ شُرِعَ تَوْثِيقًا لِلثَّمَنِ
وَكَذَا الْكَفَالَةُ فإن حَقَّ الْبَائِعِ يَتَأَكَّدُ بِالرَّهْنِ وَالْكَفَالَةِ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُقَرِّرًا لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ مَعْنًى فَأَشْبَهَ اشْتِرَاطَ صِفَةِ الْجَوْدَةِ لِلثَّمَنِ وَأَنَّهُ لَا يُوجِبُ فَسَادَ الْعَقْدِ فَكَذَا هذا وَلَوْ قَبِلَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ على هذا الشَّرْطِ ثُمَّ امْتَنَعَ من تَسْلِيمِ الرَّهْنِ لَا يُجْبَرُ على التَّسْلِيمِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ يُجْبَرُ عليه
وَجْهُ قَوْلِهِ أن الرَّهْنَ إذَا شُرِطَ في الْبَيْعِ فَقَدْ صَارَ حَقًّا من حُقُوقِهِ وَالْجَبْرُ على التَّسْلِيمِ على حُقُوقِ الْبَيْعِ فَيُجْبَرُ عليه
وَلَنَا أَنَّ الرَّهْنَ عَقْدُ تَبَرُّعٍ في الْأَصْلِ وَاشْتِرَاطُهُ في الْبَيْعِ لَا يُخْرِجُهُ عن أَنْ يَكُونَ تَبَرُّعًا وَالْجَبْرُ على التَّبَرُّعِ ليس بِمَشْرُوعٍ فَلَا يُجْبَرُ عليه وَلَكِنْ يُقَالُ له إمَّا

أَنْ تَدْفَعَ الرَّهْنَ أو قِيمَتَهُ أو تُؤَدِّيَ الثَّمَنَ أو يَفْسَخَ الْبَائِعُ الْبَيْعَ لِأَنَّ الْبَائِعَ لم يَرْضَ بِزَوَالِ الْمَبِيعِ عن مِلْكِهِ إلَّا بِوَثِيقَةِ الرَّهْنِ أو بِقِيمَتِهِ لِأَنَّ قِيمَتَهُ تَقُومُ مَقَامَهُ وَلِأَنَّ الدَّيْنَ يُسْتَوْفَى من مَالِيَّةِ الرَّهْنِ وَهِيَ قِيمَتُهُ وإذا أَدَّى الثَّمَنَ فَقَدْ حَصَلَ الْمَقْصُودُ فَلَا مَعْنَى لِلْفَسْخِ
وَلَوْ امْتَنَعَ الْمُشْتَرِي من هذه الْوُجُوهِ فَلِلْبَائِعِ أَنْ يَفْسَخَ الْبَيْعَ لِفَوَاتِ الشَّرْطِ وَالْغَرَضِ وَإِنْ كان الرَّهْنُ مَجْهُولًا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ لِأَنَّ جَوَازَ هذا الشَّرْطِ مع أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَاهُ لِكَوْنِهِ مُلَائِمًا لِلْعَقْدِ مُقَرِّرًا لِمُقْتَضَاهُ مَعْنًى لِحُصُولِ معنى التَّوَثُّقِ وَالتَّأَكُّدِ لِلثَّمَنِ وَلَا يَحْصُلُ ذلك إلَّا بِالتَّسْلِيمِ وَأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ في الْمَجْهُولِ وَلَوْ اتَّفَقَا على تَعْيِينِ رَهْنٍ في الْمَجْلِسِ جَازَ الْبَيْعُ لِأَنَّ الْمَانِعَ هو جَهَالَةُ الرَّهْنِ وقد زَالَ فَكَأَنَّهُ كان مَعْلُومًا مُعَيَّنًا من الِابْتِدَاءِ لِأَنَّ الْمَجْلِسَ له حُكْمُ حَالَةٍ وَاحِدَةٍ وَإِنْ افْتَرَقَا عن الْمَجْلِسِ تَقَرَّرَ الْفَسَادُ
وَكَذَا إذَا لم يَتَّفِقَا على تَعْيِينِ الرَّهْنِ وَلَكِنَّ الْمُشْتَرِيَ نَقَدَ الثَّمَنَ جَازَ

الْبَيْعُ أَيْضًا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ من الرَّهْنِ هو الْوُصُولُ إلَى الثَّمَنِ وقد حَصَلَ فَيَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْوَثِيقَةِ وَكَذَلِكَ الْبَيْعُ بِشَرْطِ إعْطَاءِ الْكَفِيلِ أَنَّ الْكَفِيلَ إنْ كان حَاضِرًا في الْمَجْلِسِ وَقَبِلَ جَازَ الْبَيْعُ اسْتِحْسَانًا وَإِنْ كان غَائِبًا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ
وَكَذَا إذَا كان حَاضِرًا ولم يَقْبَلْ لِأَنَّ الْجَوَازَ على مُخَالَفَةِ الْقِيَاسِ ثَبَتَ لِمَعْنَى التَّوْثِيقِ وَتَوْكِيدِ الثَّمَنِ لِمَا فيه من تَقْرِيرِ مُوجَبِ الْعَقْدِ على ما بَيَّنَّا فإذا كان الْكَفِيلُ غَائِبًا أو حَاضِرًا ولم يَقْبَلْ لم تَصِحَّ الْكَفَالَةُ فلم يَحْصُلْ مَعْنَى التَّوْثِيقِ فَبَقِيَ الْحُكْمُ على ما يَقْتَضِيهِ الْقِيَاسُ
وَكَذَا إذَا كان الْكَفِيلُ مَجْهُولًا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ لِأَنَّ كَفَالَةَ الْمَجْهُولِ لَا تَصِحُّ وَلَوْ كان الْكَفِيلُ مُعَيَّنًا وهو غَائِبٌ ثُمَّ حَضَرَ وَقَبِلَ الْكَفَالَةَ في الْمَجْلِسِ جَازَ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ جَازَتْ الْكَفَالَةُ بِالْقَبُولِ في الْمَجْلِسِ وإذا حَضَرَ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ تَأَكَّدَ الْفَسَادُ وَلَوْ شَرَطَ الْمُشْتَرِي على الْبَائِعِ أَنْ يُحِيلَهُ بِالثَّمَنِ على غَرِيمٍ من غُرَمَائِهِ أو على أَنْ يَضْمَنَ الثَّمَنَ لِغَرِيمٍ من غُرَمَاءِ الْبَائِعِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ لِأَنَّ شَرْطَ الْحَوَالَةِ وَالضَّمَانِ شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَالشَّرْطُ الذي لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ مُفْسِدٌ في الْأَصْلِ إلَّا إذَا كان فيه تَقْرِيرُ مُوجَبِ الْعَقْدِ وَتَأْكِيدُهُ وَالْحَوَالَةُ إبراء (((إبراز))) عن الثَّمَنِ وَإِسْقَاطٌ له فلم يَكُنْ مُلَائِمًا لِلْعَقْدِ بِخِلَافِ الْكَفَالَةِ وَالرَّهْنِ وَكَذَلِكَ إنْ كان مِمَّا لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَلَا يُلَائِمُ الْعَقْدَ أَيْضًا لَكِنْ لِلنَّاسِ فيه تَعَامُلٌ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ كما إذَا اشْتَرَى نَعْلًا على أَنْ يَحْذُوَهُ الْبَائِعُ أو جِرَابًا على أَنْ يَخْرِزَهُ له خُفًّا أو يَنْعَلَ خُفَّهُ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ وهو قَوْلُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ هذا شَرْطٌ لَا يتقضيه (((يقتضيه))) الْعَقْدُ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ وأنه مُفْسِدٌ كما إذَا اشْتَرَى ثَوْبًا بِشَرْطِ أَنْ يَخِيطَهُ الْبَائِعُ له قَمِيصًا وَنَحْوَ ذلك
وَلَنَا أَنَّ الناس تَعَامَلُوا هذا الشَّرْطَ في الْبَيْعِ كما تَعَامَلُوا الِاسْتِصْنَاعَ فَسَقَطَ الْقِيَاسُ بِتَعَامُلِ الناس كما سَقَطَ في الِاسْتِصْنَاعِ وَلَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً على أنها بِكْرٌ وطباخة أو خَبَّازَةٌ أو غُلَامًا على أَنَّهُ كَاتِبٌ أو خَيَّاطٌ أو بَاعَ عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ على أنها صِحَاحٌ أو على أنها جِيَادُ نَقْدِ بَيْتِ الْمَالِ أو اشْتَرَى على أنها مُؤَجَّلَةٌ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ لِأَنَّ الْمَشْرُوطَ صِفَةٌ لِلْمَبِيعِ أو الثَّمَنِ صِفَةٌ مَحْضَةٌ لَا يُتَصَوَّرُ انْقِلَابُهَا

أَصْلًا وَلَا يَكُونُ لها حِصَّةٌ من الثَّمَنِ بِحَالٍ
وَلَوْ كان مَوْجُودًا عِنْدَ الْعَقْدِ يَدْخُلُ فيه من غَيْرِ تَسْمِيَةٍ وأنها صِفَةٌ مَرْغُوبٌ فيها لَا على وَجْهِ التَّلَهِّي وَالْمَشْرُوطُ إذَا كان هذا سَبِيلَهُ كان من مُقْتَضَيَاتِ الْعَقْدِ وَاشْتِرَاطُ شَرْطٍ يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ لَا يُوجِبُ فَسَادَ الْعَقْدِ كما إذَا اشْتَرَى بِشَرْطِ التَّسْلِيمِ وَتَمَلُّكِ الْمَبِيعِ وَالِانْتِفَاعِ بِهِ وَنَحْوَ ذلك بِخِلَافِ ما إذَا اشْتَرَى نَاقَةً على أنها حَامِلٌ أَنَّ الْبَيْعَ يَفْسُدُ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ الشَّرْطَ هُنَاكَ عَيْنٌ وهو الْحَمْلُ فَلَا يَصْلُحُ شَرْطًا وَكَوْنُ النَّاقَةِ حَامِلًا وَإِنْ كان صِفَةً لها لَكِنْ لَا تَحَقُّقَ له إلَّا بِالْحَمْلِ وهو عَيْنٌ في وُجُودِهِ غَرَرٌ وَمَعَ ذلك مَجْهُولٌ فَأَوْجَبَ ذلك فَسَادَ الْبَيْعِ
وَيَخْرُجُ على هذا أَيْضًا ما ذَكَرْنَا من المسائل (((مسائل))) إذَا اشْتَرَى نَاقَةً على أنها تَحْلُبُ كَذَا وَكَذَا رَطْلًا أو على أنها حَلُوبَةٌ أو على أنها لَبُونٌ أَنَّ الْبَيْعَ بِهَذِهِ الشُّرُوطِ فَاسِدٌ لِأَنَّ الْمَشْرُوطَ في هذه الْمَوَاضِعِ عَيْنٌ فَلَا يَصْلُحُ شَرْطًا
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا اشْتَرَى جَارِيَةً على أنها مُغَنِّيَةٌ على سَبِيلِ الرَّغْبَةِ فيها لِأَنَّ جِهَةَ الْغِنَاءِ جِهَةُ التَّلَهِّي فَاشْتِرَاطُهَا في الْبَيْعِ يُوجِبُ الْفَسَادَ وَكَذَا إذَا اشْتَرَى قُمْرِيَّةً على أنها تُصَوِّتُ أو طرطيا (((طوطيا))) على أَنَّهُ يَتَكَلَّمُ أو حَمَامَةً على أنها تَجِيءُ من مَكَان بَعِيدٍ أو كَبْشًا على أَنَّهُ نَطَّاحٌ أو دِيكًا على أَنَّهُ مُقَاتِلٌ لِأَنَّ هذه الْجِهَاتِ كُلَّهَا جِهَاتُ التَّلَهِّي بِخِلَافِ ما إذَا اشْتَرَى كَلْبًا على أَنَّهُ مُعَلَّمٌ أو اشْتَرَى دَابَّةً على أنها هِمْلَاجٌ لِأَنَّهُ صِفَةٌ لَا حَظْرَ فيها بِوَجْهٍ وَاَللَّه عز شَأْنُهُ الْمُوَفِّقُ
وَيَجُوزُ الْبَيْعُ بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ عن الْعَيْبِ عِنْدَنَا سَوَاءٌ عَمَّ الْعُيُوبَ كُلَّهَا بِأَنْ قال بِعْت على أَنِّي بَرِيءٌ من كل عَيْبٍ أو خَصَّ بِأَنْ سَمَّى جِنْسًا من الْعُيُوبِ وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ خَصَّ صَحَّ وَإِنْ عَمَّ لَا يَصِحُّ وإذا لم يَصِحَّ الْإِبْرَاءُ عِنْدَهُ هل يَصِحُّ الْعَقْدُ له فيه قَوْلَانِ في قَوْلٍ يَبْطُلُ الْعَقْدُ أَيْضًا وفي قَوْلٍ يَصِحُّ الْعَقْدُ وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الْإِبْرَاءُ عن الْحُقُوقِ الْمَجْهُولَةِ وَلَوْ شَرَطَ على أَنِّي بَرِيءٌ من الْعَيْبِ الذي يَحْدُثُ رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْبَيْعَ بهذا الشَّرْطِ فَاسِدٌ
وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْإِبْرَاءَ عن كل عَيْبٍ إبْرَاءٌ عن الْمَجْهُولِ فَلَا يَصِحُّ وَلَا شَكَّ إنه إبْرَاءٌ عن الْمَجْهُولِ
وَالدَّلِيلُ على أَنَّ الْإِبْرَاءَ عن كل عَيْبٍ إبْرَاءٌ عن الْمَجْهُولِ غَيْرُ صَحِيحٍ أَنَّ الْإِبْرَاءَ إسْقَاطٌ فيه مَعْنَى التَّمْلِيكِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ وَهَذَا آيَةُ التَّمْلِيكِ إذْ الْإِسْقَاطُ لَا يَحْتَمِلُ ذلك وَتَمْلِيكُ الْمَجْهُولِ لَا يَصِحُّ كَالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ
وَلَنَا أَنَّ الْإِبْرَاءَ وَإِنْ كان فيه مَعْنَى التَّمْلِيكِ لَكِنَّ الْجَهَالَةَ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ التَّمْلِيكِ لِعَيْنِهَا بَلْ لِإِفْضَائِهَا إلَى الْمُنَازَعَةِ أَلَا تَرَى أنها لَا تُمْنَعُ في مَوْضِعٍ لَا يُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ كما

إذَا بَاعَ قَفِيزًا من هذه الصُّبْرَةِ أو عَشَرَةَ دَرَاهِمَ من هذه النُّقْرَةِ وَهَذَا النَّوْعُ من الْجَهَالَةِ هَهُنَا لَا يُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّ قَوْلَهُ كُلَّ عَيْبٍ يَتَنَاوَلُ الْعُيُوبَ كُلَّهَا فإذا سَمَّى جِنْسًا من الْعُيُوبِ لَا جَهَالَةَ له أَصْلًا مع ما أَنَّ التَّمْلِيكَ في الْإِبْرَاءِ

يَثْبُتُ ضِمْنًا وَتَبَعًا لِلْإِسْقَاطِ لِأَنَّ اللفط (((اللفظ))) ينبىء عن الْإِسْقَاطِ لَا عن التَّمْلِيكِ فَيُعْتَبَرُ التَّصَرُّفُ إسْقَاطًا لَا تَمْلِيكًا وَالْجَهَالَةُ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِسْقَاطَاتِ

وَالدَّلِيلُ على جَوَازِ الْإِبْرَاءِ عن الْحُقُوقِ الْمَجْهُولَةِ ما رُوِيَ أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إلَى النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في مَوَارِيثَ (وأشياء) قد دُرِسَتْ فقال لَهُمَا عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اسْتَهِمَا وَأَوْجِبَا الْحَقَّ وَلْيَحْلِلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْكُمَا صَاحِبَهُ وَعَلَى هذا إجْمَاعُ الْمُسْلِمِينَ من اسْتِحْلَالِ مُعَامَلَاتِهِمْ في آخِرِ أَعْمَارِهِمْ في سَائِرِ الْأَعْصَارِ من غَيْرِ إنْكَارٍ

وَأَمَّا بَيْعُ الثَّمَرِ على الشَّجَرِ بَعْدَ ظُهُورِهِ وَبَيْعُ الزَّرْعِ في الْأَرْضِ بِشَرْطِ التَّرْكِ فَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّهُ لَا يَخْلُو إمَّا إنْ كان لم يَبْدُ صَلَاحُهُ بَعْدَ أَنْ صَارَ مُنْتَفَعًا بِهِ بِوَجْهٍ من الْوُجُوهِ وَإِمَّا إنْ كان قد بَدَا صَلَاحُهُ بِأَنْ صَارَ مُنْتَفَعًا بِهِ وَكُلُّ ذلك لَا يَخْلُو من أَنْ يَكُونَ بِشَرْطِ الْقَطْعِ أو مُطْلَقًا أو بِشَرْطِ التَّرْكِ حتى يَبْلُغَ فَإِنْ كان لم يَبْدُ صَلَاحُهُ فَبَاعَ بِشَرْطِ الْقَطْعِ جَازَ وَعَلَى الْمُشْتَرِي أَنْ يَقْطَعَ لِلْحَالِ وَلَيْسَ له أَنْ يَتْرُكَ من غَيْرِ إذْنِ الْبَائِعِ

وَمِنْ مَشَايِخِنَا من قال لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قبل بُدُوِّ صَلَاحِهِ وهو خِلَافُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ على ما ذَكَرْنَا وَلَوْ بَاعَ مُطْلَقًا عن شَرْطٍ جَازَ أَيْضًا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْمُطْلَقَ يَنْصَرِفُ إلَى الْمُتَعَارَفِ وَالْمُتَعَارَفُ هو التَّرْكُ فَكَانَ هذا بَيْعًا بِشَرْطِ التَّرْكِ دَلَالَةً فَصَارَ كما لو شَرَطَ التَّرْكَ نَصًّا

وَلَنَا أَنَّ التَّرْكَ ليس بِمَشْرُوطٍ نَصًّا إذْ الْعَقْدُ مُطْلَقٌ عن الشَّرْطِ أَصْلًا فَلَا يَجُوزُ تَقْيِيدُهُ بِشَرْطِ التَّرْكِ من غَيْرِ دَلِيلٍ خُصُوصًا إذَا كان في التَّقْيِيدِ فَسَادُ الْعَقْدِ

وَإِنْ اشْتَرَى بِشَرْطِ التَّرْكِ فَالْعَقْدُ فَاسِدٌ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَلَا يُلَائِمُ الْعَقْدَ وَلَا جَرَى بِهِ التَّعَامُلُ بين الناس وَمِثْلُ هذا الشَّرْطِ مُفْسِدٌ لِلْبَيْعِ لِمَا ذَكَرْنَا وَلِأَنَّهُ لَا يَتَمَكَّنُ من التَّرْكِ إلَّا بِإِعَارَةِ الشَّجَرَةِ وَالْأَرْضِ وَهُمَا مِلْكُ الْبَائِعِ فَصَارَ بِشَرْطِ التَّرْكِ شَارِطًا الْإِعَارَةَ فَكَانَ شَرْطُهُ صَفْقَةً في صَفْقَةٍ وأنه مَنْهِيٌّ هذا إذَا لم يَبْدُ صَلَاحُهُ

وَكَذَا إذَا بَدَا صَلَاحُهُ فَبَاعَ بِشَرْطِ الْقَطْعِ أو مُطْلَقًا فَأَمَّا إذَا بَاعَ بِشَرْطِ التَّرْكِ فَإِنْ لم يَتَنَاهَ عِظَمُهُ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ بِلَا خِلَافٍ لِمَا قُلْنَا وَكَذَا إذَا تَنَاهَى عِظَمُهُ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وقال مُحَمَّدٌ يَجُوزُ اسْتِحْسَانًا لِتَعَارُفِ الناس وَتَعَامُلِهِمْ ذلك

وَلَهُمَا ما ذَكَرْنَا أَنَّ شَرْطَ التَّرْكِ فيه مَنْفَعَةٌ لِلْمُشْتَرِي وَالْعَقْدُ لَا يَقْتَضِيهِ وَلَيْسَ بِمُلَائِمٍ لِلْعَقْدِ أَيْضًا وَمِثْلُ هذا الشَّرْطِ يَكُونُ مُفْسِدًا كما إذَا اشْتَرَى حِنْطَةً على أَنْ يَتْرُكَهَا في دَارِ الْبَائِعِ شَهْرًا قَوْلُهُ الناس تَعَامَلُوا ذلك قُلْنَا دَعْوَى تَعَامُلِ الناس شَرْطَ التَّرْكِ في الْمَبِيعِ مَمْنُوعَةٌ وَإِنَّمَا التَّعَامُلُ بِالْمُسَامَحَةِ بِالتَّرْكِ من غَيْرِ شَرْطٍ في عَقْدِ الْبَيْعِ

وَلَوْ اشْتَرَى مُطْلَقًا عن شَرْطٍ فَتَرَكَ فَإِنْ كان قد تَنَاهَى عِظَمُهُ ولم يَبْقَ إلَّا النُّضْجُ لم يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ سَوَاءٌ تُرِكَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ أو بِغَيْرِ إذْنِهِ لِأَنَّهُ لَا يَزْدَادُ بَعْدَ التَّنَاهِي وَإِنَّمَا يَتَغَيَّرُ إلَى حَالِ النُّضْجِ وَإِنْ كان لم يَتَنَاهَ عِظَمُهُ يُنْظَرُ إنْ كان التَّرْكُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ جَازَ وَطَابَ له الْفَضْلُ وَإِنْ كان بِغَيْرِ إذْنِهِ تَصَدَّقَ بِمَا زَادَ في ذاته (((إذنه))) على ما كان عِنْدَ الْعَقْدِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ حَصَلَتْ بِجِهَةٍ مَحْظُورَةٍ فَأَوْجَبَتْ خُبْثًا فيها فَكَانَ سَبِيلُهَا التَّصَدُّقُ فَإِنْ اسْتَأْجَرَ الْمُشْتَرِي من الْبَائِعِ الشَّجَرَ لِلتَّرْكِ إلَى وَقْتِ الْإِدْرَاكِ وطاب (((طاب))) له الْفَضْلُ لِأَنَّ التَّرْكَ حَصَلَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ وَلَكِنْ لَا تَجِبُ الْأُجْرَةُ لِأَنَّ هذه الْإِجَارَةَ بَاطِلَةٌ لِأَنَّ جَوَازَهَا ثَبَتَ على خِلَافِ الْقِيَاسِ لِتَعَامُلِ الناس فما لم يَتَعَامَلُوا فيه لَا تَصِحُّ

فيه الْإِجَارَةُ وَلِهَذَا لم تَصِحَّ إجَارَةُ الْأَشْجَارِ لِتَجْفِيفِ الثِّيَابِ وَإِجَارَةُ الْأَوْتَادِ لِتَعْلِيقِ الْأَشْيَاءِ عليها وَإِجَارَةُ الْكُتُبِ لِلْقِرَاءَةِ وَنَحْوُ ذلك حتى لم تَجِبْ الْأُجْرَةُ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا
وَلَوْ أَخْرَجَتْ الشَّجَرَةُ في مُدَّةِ التَّرْكِ ثَمَرَةً أُخْرَى فَهِيَ لِلْبَائِعِ سَوَاءٌ كان التَّرْكُ بِإِذْنِهِ أو بِغَيْرِ إذْنِهِ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِ الْبَائِعِ فَيَكُونُ له وَلَوْ حَلَّلَهَا له الْبَائِعُ جَازَ وَإِنْ اخْتَلَطَ الْحَادِثُ بَعْدَ الْعَقْدِ بالموجود (((بالموجودة))) عِنْدَهُ حتى لَا يُعْرَفَ يُنْظَرُ إنْ كان قبل التَّخْلِيَةِ بَطَلَ الْبَيْعُ لِأَنَّ الْمَبِيعَ صَارَ مَعْجُوزَ التَّسْلِيمِ بِالِاخْتِلَاطِ لِلْجَهَالَةِ وَتَعَذُّرِ التَّمْيِيزِ فَأَشْبَهَ الْعَجْزَ عن التَّسْلِيمِ بِالْهَلَاكِ وَإِنْ كان بَعْدَ التَّخْلِيَةِ لم يَبْطُلْ لِأَنَّ التَّخْلِيَةَ قَبْضٌ وَحُكْمُ الْبَيْعِ يَتِمُّ وَيَتَنَاهَى بِالْقَبْضِ وَالثَّمَرَةُ تَكُونُ بَيْنَهُمَا لِاخْتِلَاطِ مِلْكِ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ اخْتِلَاطًا لَا يُمْكِنُ التَّمْيِيزُ بَيْنَهُمَا فَكَانَ الْكُلُّ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي في الْمِقْدَارِ لِأَنَّهُ صَاحِبُ يَدٍ لِوُجُودِ التَّخْلِيَةِ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا له فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ
وَلَوْ اشْتَرَى ثَمَرَةً بَدَا صَلَاحُ

بَعْضِهَا دُونَ بَعْضٍ بِأَنْ أَدْرَكَ الْبَعْضَ دُونَ الْبَعْضِ بِشَرْطِ التَّرْكِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ على أَصْلِهِمَا لِأَنَّهُ لو كان أَدْرَكَ الْكُلَّ فَاشْتَرَاهَا بِشَرْطِ التَّرْكِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ عِنْدَهُمَا فَبِإِدْرَاكِ الْبَعْضِ أَوْلَى
وَأَمَّا على أَصْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ وهو اخْتِيَارُ الْعَادَةِ فَإِنْ كان صَلَاحُ الْبَاقِي مُتَقَارِبًا جَازَ لِأَنَّ الْعَادَةَ في الثِّمَارِ أَنْ لَا يُدْرِكَ الْكُلُّ دُفْعَةً وَاحِدَةً بَلْ يَتَقَدَّمُ إدْرَاكُ الْبَعْضِ على الْبَعْضِ وَيَلْحَقُ بَعْضُهَا بَعْضًا فَصَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهَا بَعْدَ إدْرَاكِ الْكُلِّ وَلَوْ كان كَذَلِكَ لَصَحَّ الشِّرَاءُ عِنْدَهُ بِشَرْطِ التَّرْكِ كَذَا هذا وَإِنْ كان يَتَأَخَّرُ إدْرَاكُ الْبَعْضِ عن الْبَعْضِ تَأْخِيرًا فَاحِشًا كَالْعِنَبِ وَنَحْوِهِ يَجُوزُ الْبَيْعُ فِيمَا أَدْرَكَ وَلَا يَجُوزُ فِيمَا لم يُدْرِكْ لِأَنَّ عِنْدَ التَّأَخُّرِ الْفَاحِشِ يَلْتَحِقَانِ بِجِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ
وَمِنْهَا شَرْطُ الْأَجَلِ في الْمَبِيعِ الْعَيْنِ وَالثَّمَنِ الْعَيْنِ وهو أَنْ يُضْرَبَ لِتَسْلِيمِهَا أَجَلٌ لِأَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَى جَوَازَ التَّأْجِيلِ أَصْلًا لِأَنَّهُ تَغْيِيرُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ تَمْلِيكٌ بِتَمْلِيكٍ وَتَسْلِيمٌ بِتَسْلِيمٍ وَالتَّأْجِيلُ يَنْفِي وُجُوبَ التَّسْلِيمِ لِلْحَالِ فَكَانَ مُغَيِّرًا مُقْتَضَى الْعَقْدِ إلَّا أَنَّهُ شَرْطٌ نظرا (((نظر))) لِصَاحِبِ الْأَجَلِ لِضَرُورَةِ الْعَدَمِ تَرْفِيهًا له وَتَمْكِينًا له من اكْتِسَابِ الثَّمَنِ في الْمُدَّةِ الْمَضْرُوبَةِ وَلَا ضَرُورَةَ في الْأَعْيَانِ فَبَقِيَ التَّأْجِيلُ فيها تَغْيِيرًا مَحْضًا لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ فَيُوجِبُ فَسَادَ الْعَقْدِ
وَيَجُوزُ في الْمَبِيعِ الدَّيْنُ وهو السَّلَمُ بَلْ لَا يَجُوزُ بِدُونِهِ عِنْدَنَا على ما نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ وَكَذَا يَجُوزُ في الثَّمَنِ الدَّيْنُ وهو بَيْعُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ لِأَنَّ التَّأْجِيلَ يُلَائِمُ الدُّيُونَ وَلَا يُلَائِمُ الْأَعْيَانَ لِمَسَاسِ حَاجَةِ الناس إلَيْهِ في الدُّيُونِ لَا في الْأَعْيَانِ على ما بَيَّنَّا
وَمِنْهَا شَرْطُ خِيَارٍ مُؤَبَّدٍ في الْبَيْعِ وَمِنْهَا شَرْطُ خِيَارٍ مُؤَقَّتٍ بِوَقْتٍ مَجْهُولٍ جَهَالَةً مُتَفَاحِشَةً كَهُبُوبِ الرِّيحِ وَمَجِيءِ الْمَطَرِ وَقُدُومِ فُلَانٍ وَمَوْتِ فُلَانٍ وَنَحْوِ ذلك أو مُتَقَارِبَةً كَالْحَصَادِ وَالدِّيَاسِ وَقُدُومِ الْحَاجِّ وَنَحْوِهَا
وَمِنْهَا شَرْطُ خِيَارٍ غَيْرِ مُؤَقَّتٍ أَصْلًا وَالْأَصْلُ فيه أَنَّ شَرْطَ الْخِيَارِ يَمْنَعُ انْعِقَادَ الْعَقْدِ في حَقِّ الْحُكْمِ لِلْحَالِ فَكَانَ شَرْطًا مُغَيِّرًا مُقْتَضَى الْعَقْدِ وأنه مُفْسِدٌ

لِلْعَقْدِ في الْأَصْلِ وهو الْقِيَاسُ إلَّا أَنَّا عَرَفْنَا جَوَازَهُ اسْتِحْسَانًا بِخِلَافِ الْقِيَاسِ بِالنَّصِّ وهو ما رُوِيَ أَنَّ حِبَّانَ بن مُنْقِذٍ كان يَغْبِنُ في التِّجَارَاتِ فَشَكَا أَهْلُهُ إلَى رسول اللَّهِ فقال له إذَا بَايَعْت فَقُلْ لَا خِلَابَةَ وَلِيَ الْخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ
فَبَقِيَ ما وَرَاءَ الْمَنْصُوصِ عليه على أَصْلِ الْقِيَاسِ
وَمِنْهَا شَرْطُ خِيَارٍ مُؤَقَّتٍ بِالزَّائِدِ على ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ هذا الشَّرْطُ ليس بِمُفْسِدٍ
وَاحْتَجَّا بِمَا رُوِيَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما شَرَطَ الْخِيَارَ شَهْرَيْنِ وَلِأَنَّ النَّصَّ الْوَارِدَ في خِيَارِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مَعْلُولٌ بِالْحَاجَةِ إلَى دَفْعِ الْغَبْنِ بِالتَّأَمُّلِ وَالنَّظَرِ وَهَذَا لَا يُوجِبُ الِاقْتِصَارَ على الثَّلَاثِ كَالْحَاجَةِ إلَى التَّأْجِيلِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ هذا الشَّرْطَ في الْأَصْلِ مِمَّا يَأْبَاهُ الْقِيَاسُ وَالنَّصُّ أَمَّا الْقِيَاسُ فما ذَكَرْنَا أَنَّهُ شَرْطٌ مُغَيِّرٌ مُقْتَضَى الْعَقْدِ وَمِثْلُ هذا الشَّرْطِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ في الْأَصْلِ وَأَمَّا النَّصُّ فما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ نهى عن بَيْعِ الْغَرَرِ
وَهَذَا بَيْعُ الْغَرَرِ لِأَنَّهُ تَعَلَّقُ انْعِقَادِ الْعَقْدِ على غَرَرِ سُقُوطِ الْخِيَارِ إلَّا أَنَّهُ وَرَدَ نَصٌّ خَاصٌّ بِجَوَازِهِ فَيَتْبَعُ مَوْرِدَ النَّصِّ وأنه وَرَدَ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَارَ ذلك مَخْصُوصًا عن النَّصِّ الْعَامِّ وَتُرِكَ الْقِيَاسُ فيه فَيُعْمَلُ بِعُمُومِ النَّصِّ وَمُقْتَضَى الْقِيَاسِ فِيمَا وَرَاءِ هذا وَالْعَمَلُ بِقَوْلِ سَيِّدِ الْبَشَرِ عليه أَفْضَلُ الصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ أَوْلَى من الْعَمَلِ بِقَوْلِ عبد اللَّهِ بن سَيِّدِنَا عُمَرَ
وَقَوْلُهُمَا النَّصُّ مَعْلُولٌ بِالْحَاجَةِ إلَى دَفْعِ الْغَبْنِ قُلْنَا لو كان كَذَلِكَ فَالثَّلَاثُ مُدَّةٌ صَالِحَةٌ لِدَفْعِ الْغَبْنِ لِكَوْنِهَا صَالِحَةً لِلتَّأَمُّلِ وما وَرَاءَ ذلك لَا نِهَايَةَ له
وَأَمَّا شَرْطُ خِيَارٍ مُؤَقَّتٍ بِالثَّلَاثِ فما دُونَهَا فَلَيْسَ بِمُفْسِدٍ اسْتِحْسَانًا لِحَدِيثِ حِبَّانَ بن مُنْقِذٍ وَلِمَسَاسِ الْحَاجَةِ إلَيْهِ لِدَفْعِ الْغَبْنِ وَالتَّدَارُكِ عِنْدَ اعْتِرَاضِ النَّدَمِ وَسَوَاءٌ كان الشَّرْطُ لِلْعَاقِدِ أو لِغَيْرِهِ بِأَنْ شَرَطَ الْخِيَارَ لِثَالِثٍ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ شَرْطُ الْخِيَارِ لِغَيْرِ الْعَاقِدِ وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ اشْتِرَاطَ الْخِيَارِ لِلْعَاقِدِ مع أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَاهُ ثَبَتَ بِالنَّصِّ فَبَقِيَ اشْتِرَاطُهُ لِغَيْرِهِ على أَصْلِ الْقِيَاسِ
وَلَنَا أَنَّ النَّصَّ مَعْلُولٌ بِالْحَاجَةِ إلَى التَّأَمُّلِ لدفع الغبن والناس يتفاوتون في البصارة بالسلع فمن الجائز أن يكون المشروط له الخيار أبصر منه ففوض الخيار إليه ليتأمل في ذلك فَإِنْ صَلَحَ أَجَازَهُ وَإِلَّا فَسَخَ وإذا جَازَ هذا الشَّرْطُ ثَبَتَ الْخِيَارُ لِلْمَشْرُوطِ له وَلِلْعَاقِدِ أَيْضًا وَلِمَا نَذْكُرُ وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وِلَايَةُ الْإِجَازَةِ وَالْفَسْخِ وَسَوَاءٌ كان الْعَاقِدُ مَالِكًا أو وَصِيًّا أو وَلِيًّا أو وَكِيلًا فَيَجُوزُ شَرْطُ الْخِيَارِ فيه لِنَفْسِهِ أو لِصَاحِبِهِ الذي عَاقَدَهُ
أَمَّا الْأَبُ أو الْوَصِيُّ فَلِأَنَّ اشْتِرَاطَ الْخِيَارِ مِنْهُمَا من بَابِ النَّظَرِ لِلصَّغِيرِ فَيَمْلِكَانِهِ وَأَمَّا

الْوَكِيلُ فَلِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِأَمْرِ الْمُوَكِّلِ وقد أَمَرَهُ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ مُطْلَقًا فَيَجْرِي على إطْلَاقِهِ
وَكَذَلِكَ الْمُضَارِبُ أو الشَّرِيكُ شَرِكَةَ عِنَانٍ أو مُفَاوَضَةٍ يَمْلِكُ شَرْطَ الْخِيَارِ لِمَا قُلْنَا وَلَوْ اشْتَرَى شيئا على أَنَّهُ إنْ لم يَنْقُدْ الثَّمَنَ إلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا فَالْقِيَاسُ أنه لَا يَجُوزَ هذا الْبَيْعُ وهو قَوْلُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ وفي الِاسْتِحْسَانِ جَائِزٌ

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ هذا بَيْعٌ عُلِّقَتْ إقَالَتُهُ بِشَرْطِ عَدَمِ نَقْدِ الثَّمَنِ إلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَتَعْلِيقُ الْإِقَالَةِ بِالشَّرْطِ فَاسِدٌ فَكَانَ هذا بَيْعًا دَخَلَهُ شَرْطٌ فَاسِدٌ فَيَكُونُ فَاسِدًا كَسَائِرِ الْأَنْوَاعِ التي دَخَلَتْهَا شُرُوطٌ فَاسِدَةٌ

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ هذا الْبَيْعَ في مَعْنَى الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِوُجُودِ التَّعْلِيقِ بِشَرْطٍ في كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَتَحَقُّقِ الْحَاجَةِ الْمُسْتَدْعِيَةِ لِلْجَوَازِ أَمَّا التَّعْلِيقُ فإنه عَلَّقَ إقَالَةَ هذا الْبَيْعِ وَفَسْخَهُ بِشَرْطِ عَدَمِ النَّقْدِ إلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وفي الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ عَلَّقَ انْعِقَادَهُ في حَقِّ الْحُكْمِ بِشَرْطِ سُقُوطِ الْخِيَارِ

وَأَمَّا الْحَاجَةُ فإن الْمُشْتَرِيَ كما يَحْتَاجُ إلَى التَّأَمُّلِ في الْمَبِيعِ أَنَّهُ هل يُوَافِقُهُ أَمْ لَا فَالْبَائِعُ يَحْتَاجُ إلَى التَّأَمُّلِ أَنَّهُ هل يَصِلُ الثَّمَنُ إلَيْهِ في الثَّلَاثِ أَمْ لَا وَكَذَا الْمُشْتَرِي يَحْتَاجُ إلَى التَّأَمُّلِ أَنَّهُ هل يَقْدِرُ على النَّقْدِ في الثَّلَاثِ أَمْ لَا فَكَانَ هذا بَيْعًا مَسَّتْ الْحَاجَةُ إلَى جَوَازِهِ في الْجَانِبَيْنِ جميعا فَكَانَ أَوْلَى بِالْجَوَازِ من الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ فَوُرُودُ الشَّرْعِ بِالْجَوَازِ هُنَاكَ يَكُونُ وُرُودًا هَهُنَا دَلَالَةً

وَلَوْ اشْتَرَى على أَنَّهُ إنْ لم يَنْقُدْ الثَّمَنَ إلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ لم يَجُزْ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ كما لَا يَجُوزُ شَرْطُ الْخِيَارِ أَرْبَعَةَ أَيَّامٍ أو أَكْثَرَ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا إلَّا أَنَّ أَبَا يُوسُفَ يقول هَهُنَا لَا يَجُوزُ كما قال أبو حَنِيفَةَ فَأَبُو حَنِيفَةَ مَرَّ على أَصْلِهِ ولم يَجُزْ في الْمَوْضِعَيْنِ وَمُحَمَّدٌ مَرَّ على أَصْلِهِ وَأَجَازَ فِيهِمَا وأبو يُوسُفَ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا

وَوَجْهُ الْفَرْقِ له أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَى الْجَوَازَ في الْمَوْضِعَيْنِ جميعا إلَّا أَنَّ الْجَوَازَ في شَرْطِ الْخِيَارِ عَرَفْنَاهُ بِأَثَرِ ابْنِ عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما فَبَقِيَ هذا على أَصْلِ الْقِيَاسِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ عز شَأْنُهُ أَعْلَمُ

وَيَتَّصِلُ بِالشُّرُوطِ الْمُفْسِدَةِ ما إذَا بَاعَ حَيَوَانًا وَاسْتَثْنَى ما في بَطْنِهِ من الْحَمْلِ أن الْبَيْعَ فَاسِدٌ لِأَنَّ بَيْعَ الْحَمْلِ بِانْفِرَادِهِ لَا يَجُوزُ فَكَانَ اسْتِثْنَاؤُهُ بِمَنْزِلَةِ شَرْطٍ فَاسِدٍ أُدْخِلَ في الْبَيْعِ فَوَجَبَ فَسَادُ الْبَيْعِ وَكَذَلِكَ هذا في عَقْدِ الْإِجَارَةِ وَالْكِتَابَةِ وَالرَّهْنِ بِخِلَافِ النِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عن دَمِ الْعَمْدِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ لِأَنَّ اسْتِثْنَاءَ الْحَمْلِ في هذه الْعُقُودِ لَا يُبْطِلُهَا

وَكَذَلِكَ في الْإِعْتَاقِ لِمَا أَنَّ اسْتِثْنَاءَ ما في الْبَطْنِ بِمَنْزِلَةِ شَرْطٍ فَاسِدٍ وَالْبَيْعُ وَأَخَوَاتُهُ تُبْطِلُهَا الشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ فَكَانَ الشَّرْطُ فَاسِدًا وَالْعَقْدُ فَاسِدًا فَأَمَّا النِّكَاحُ وَنَحْوُهُ فَلَا تُبْطِلُهُ الشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ فَجَازَ الْعَقْدُ وَبَطَلَ الشَّرْطُ فَيَدْخُلُ في الْعَقْدِ الْأُمُّ وَالْوَلَدُ جميعا وَكَذَا في الْعِتْقِ وَكَذَا إذَا بَاعَ حَيَوَانًا وَاسْتَثْنَى شيئا من أَطْرَافِهِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ

وَلَوْ بَاعَ صُبْرَةً وَاسْتَثْنَى قَفِيزًا منها فَالْبَيْعُ جَائِزٌ في الْمُسْتَثْنَى منه وَكَذَا إذَا بَاعَ صُبْرَةً وَاسْتَثْنَى جُزْءًا شَائِعًا منها ثُلُثَهَا أو رُبُعَهَا أو نحو ذلك وَلَوْ بَاعَ قَطِيعًا من الْغَنَمِ وَاسْتَثْنَى شَاةً منها بِغَيْرِ عَيْنِهَا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ وَلَوْ اسْتَثْنَى شَاةً منها بِعَيْنِهَا فَالْبَيْعُ جَائِزٌ

وَالْأَصْلُ في هذا أَنَّ من بَاعَ جُمْلَةً وَاسْتَثْنَى منها شيئا فَإِنْ اسْتَثْنَى ما يَجُوزُ إفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ فَالْبَيْعُ في الْمُسْتَثْنَى منه جَائِزٌ وَإِنْ اسْتَثْنَى ما لَا يَجُوزُ إفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ فَالْبَيْعُ في الْمُسْتَثْنَى منه فَاسِدٌ

وَلَوْ بَاعَ الثَّمَرَةَ على رؤوس النَّخْلِ وَاسْتَثْنَى منها صَاعًا ذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّهُ اسْتَثْنَى ما يَجُوزُ إفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ فَأَشْبَهَ ما إذَا بَاعَ جُزْءًا مُشَاعًا منه من الثُّلُثِ وَالرُّبُعِ وَكَذَا لو كان الثَّمَرُ مَجْذُوذًا فَبَاعَ الْكُلَّ وَاسْتَثْنَى صَاعًا يَجُوزُ

وَأَيُّ فَرْقٍ بين الْمَجْذُوذِ وَغَيْرِ الْمَجْذُوذِ

وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ في مُخْتَصَرِهِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَإِلَيهِ أَشَارَ مُحَمَّدٌ في الموطأ فإنه

قال لَا بَأْسَ بِأَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ ثَمَرَةً وَيَسْتَثْنِيَ منها بَعْضَهَا إذَا اسْتَثْنَى شيئا في جُمْلَتِهِ رُبُعًا أو خُمُسًا أو سُدُسًا قُيِّدَ الْجَوَازُ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَثْنَى مُشَاعًا في الْجُمْلَةِ فَلَوْ ثَبَتَ الْجَوَازُ في الْمُعَيَّنِ لم يَكُنْ لِتَقْيِيدِهِ بهذا الشَّرْطِ مَعْنًى وَكَذَا رَوَى الْحَسَنُ بن زِيَادٍ أَنَّهُ قال لَا يَجُوزُ وَكَذَا ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في مُخْتَصَرِهِ ثُمَّ فَسَادُ الْعَقْدِ بِمَا ذَكَرْنَا من الشُّرُوطِ مَذْهَبُ أَصْحَابِنَا

وقال ابن أبي لَيْلَى الْبَيْعُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ وقال ابن شُبْرُمَةَ الْبَيْعُ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ جَائِزٌ

وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا لِمَا رَوَى أبو حَنِيفَةَ عن عَمْرِو بن شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ نهى عن بَيْعٍ وَشَرْطٍ وَالنَّهْيُ يَقْتَضِي فَسَادَ الْمَنْهِيِّ فَيَدُلُّ على فَسَادِ كل بَيْعٍ وَشَرْطٍ إلَّا ما خُصَّ عن عُمُومِ النَّصِّ وَلِأَنَّ هذه الشُّرُوطَ بَعْضُهَا فيه مَنْفَعَةٌ زَائِدَةٌ تَرْجِعُ إلَى الْعَاقِدَيْنِ أو إلَى غَيْرِهِمَا وَزِيَادَةُ مَنْفَعَةٍ مَشْرُوطَةٍ في عَقْدِ الْبَيْعِ تَكُونُ رِبًا وَالرِّبَا حَرَامٌ وَالْبَيْعُ الذي فيه رِبًا فَاسِدٌ وَبَعْضُهَا فيه غَرَرٌ وَنَهَى رسول اللَّهِ

عن بَيْعٍ فيه غَرَرٌ

وَالْمَنْهِيُّ عنه فَاسِدٌ وَبَعْضُهَا شَرْطُ التَّلَهِّي وَأَنَّهُ مَحْظُورٌ وَبَعْضُهَا يُغَيِّرُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ وهو مَعْنَى الْفَسَادِ إذْ الْفَسَادُ هو التَّغْيِيرُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

ثُمَّ قِرَانُ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ بِالْعَقْدِ وَإِلْحَاقُهُ بِهِ سَوَاءٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ حتى لو بَاعَ بَيْعًا صَحِيحًا ثُمَّ أَلْحَقَ بِهِ شيئا من هذه الشُّرُوطِ الْمُفْسِدَةِ يَلْتَحِقُ بِهِ وَيُفْسِدُ الْعَقْدَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَلْتَحِقُ بِهِ وَلَا يُفْسِدُ الْعَقْدَ وَأَجْمَعُوا على أَنَّهُ لو أَلْحَقَ بِالْعَقْدِ الصَّحِيحِ شَرْطًا صَحِيحًا كَالْخِيَارِ الصَّحِيحِ في الْبَيْعِ الْبَاتِّ وَنَحْوِ ذلك يَلْتَحِقُ بِهِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ إلْحَاقَ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ بِالْعَقْدِ يُغَيِّرُ الْعَقْدَ من الصِّحَّةِ إلَى الْفَسَادِ فَلَا يَصِحُّ فَبَقِيَ الْعَقْدُ صَحِيحًا كما كان لِأَنَّ الْعَقْدَ كَلَامٌ لَا بَقَاءَ له وَالِالْتِحَاقُ بِالْمَعْدُومِ لَا يَجُوزُ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَصِحَّ الْإِلْحَاقُ أَصْلًا إلَّا أَنَّ إلْحَاقَ الشَّرْطِ الصَّحِيحِ بِأَصْلِ الْعَقْدِ ثَبَتَ شَرْعًا لِلْحَاجَةِ إلَيْهِ حتى صَحَّ قِرَانُهُ بِالْعَقْدِ فَيَصِحُّ إلْحَاقُهُ بِهِ فَلَا حَاجَةَ إلَى إلْحَاقِ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ لِيُفْسِدَ الْعَقْدَ وَلِهَذَا لم يَصِحَّ قِرَانُهُ بِالْعَقْدِ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ اعْتِبَارَ التَّصَرُّفِ على الْوَجْهِ الذي أَوْقَعَهُ الْمُتَصَرِّفُ وَاجِبٌ إذَا كان هو أَهْلًا وَالْمَحَلُّ قَابِلًا وقد أَوْقَعَهُ مُفْسِدًا لِلْعَقْدِ إذْ الْإِلْحَاقُ لِفَسَادِ الْعَقْدِ فَوَجَبَ اعْتِبَارُهُ كما أَوْقَعَهُ فَاسِدًا في الْأَصْلِ

وَقَوْلُهُمَا الْإِلْحَاقُ تَغْيِيرٌ لِلْعَقْدِ قُلْنَا إنْ كان تَغْيِيرًا فَلَهُمَا وِلَايَةُ التَّغْيِيرِ أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُمَا وِلَايَةَ التَّغْيِيرِ بِالزِّيَادَةِ في الثَّمَنِ وَالْمُثَمَّنِ وَالْحَطِّ عن الثَّمَنِ وَبِإِلْحَاقِ الشَّرْطِ الصَّحِيحِ وَإِنْ كان تَغْيِيرًا وَلِأَنَّهُمَا يَمْلِكَانِ الْفَسْخَ فَالتَّغْيِيرُ أَوْلَى لِأَنَّ التَّغْيِيرَ تَبْدِيلُ الْوَصْفِ وَالْفَسْخَ رَفْعُ الْأَصْلِ وَالْوَصْفِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ أَعْلَمُ

وَمِنْهَا الرِّضَا لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى { إلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عن تَرَاضٍ مِنْكُمْ } عَقِيبَ قَوْلِهِ عز اسْمُهُ { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ }

وقال عليه السلام لَا يَحِلُّ مَالُ امرء مُسْلِمٍ إلَّا بِطِيبٍ من نَفْسِهِ

فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمُكْرَهِ إذَا بَاعَ مُكْرَهًا وسلم مُكْرَهًا لِعَدَمِ الرِّضَا فَأَمَّا إذَا بَاعَ

مُكْرَهًا وسلم طَائِعًا فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ على ما نَذْكُرُهُ في كِتَابِ الْإِكْرَاهِ وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْهَازِلِ لِأَنَّهُ مُتَكَلِّمٌ بِكَلَامِ الْبَيْعِ لَا على إرادة (((إدارة))) حَقِيقَتِهِ فلم يُوجَدْ الرِّضَا بِالْبَيْعِ فَلَا يَصِحُّ بِخِلَافِ طَلَاقِ الْهَازِلِ أَنَّهُ وَاقِعٌ لِأَنَّ الْفَائِتَ بِالْإِكْرَاهِ ليس إلَّا الرِّضَا وَالرِّضَا ليس بِشَرْطٍ لِوُقُوعِ الطَّلَاقِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ على أَنَّ الْهَزْلَ في بَابِ الطَّلَاقِ مُلْحَقٌ بِالْجِدِّ شَرْعًا

قال عليه الصلاة (((وسلم))) والسلام ثَلَاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جَدٌّ الطَّلَاقُ وَالنِّكَاحُ وَالْعَتَاقُ

أَلْحَقَ الْهَازِلَ بِالْجَادِّ فيه وَمِثْلُ هذا لم يَرِدْ في الْبَيْعِ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ بَيْعُ الْمُنَابَذَةِ وَالْمُلَامَسَةِ وَالْحَصَاةِ الذي كان يَفْعَلُهُ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ كان الرَّجُلَانِ يَتَسَاوَمَانِ السِّلْعَةَ فإذا أَرَادَ أَحَدُهُمَا إلْزَامَ الْبَيْعِ نَبَذَ السِّلْعَةَ إلَى الْمُشْتَرِي فَيَلْزَمُ الْبَيْعُ رضي الْمُشْتَرِي أَمْ سَخِطَ أو لَمَسَهَا الْمُشْتَرِي أو وَضَعَ عليها حَصَاةً فَجَاءَ الْإِسْلَامُ فَشَرَطَ الرِّضَا وَأَبْطَلَ ذلك كُلَّهُ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ بَيْعُ التَّلْجِئَةِ وَهِيَ ما لَجَأَ الْإِنْسَانُ إلَيْهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ اخْتِيَارِ الْإِيثَارِ وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ التَّلْجِئَةَ في الْأَصْلِ لَا تَخْلُو إمَّا أَنْ تَكُونَ في نَفْسِ الْبَيْعِ وَإِمَّا أَنْ تَكُونَ في الثَّمَنِ فَإِنْ كانت في نَفْسِ الْبَيْعِ فَإِمَّا أَنْ تَكُونَ في إنْشَاءِ الْبَيْعِ وَإِمَّا أَنْ تَكُونَ في الْإِقْرَارِ بِهِ فَإِنْ كانت في إنْشَاءِ الْبَيْعِ بِأَنْ تَوَاضَعُوا في السِّرِّ لِأَمْرٍ أَلْجَأَهُمْ إلَيْهِ على أَنْ يُظْهِرَ الْبَيْعُ وَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا حَقِيقَةً وَإِنَّمَا هو رِيَاءٌ وَسُمْعَةٌ نحو أَنْ يَخَافَ رَجُلٌ السُّلْطَانَ فيقول الرَّجُلُ إنِّي أُظْهِرُ أَنِّي بِعْت مِنْك دَارِي وَلَيْسَ بِبَيْعٍ في الْحَقِيقَةِ وَإِنَّمَا هو تَلْجِئَةٌ فَتَبَايَعَا فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عن أبي حَنِيفَةَ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لِأَنَّهُمَا تَكَلَّمَا بِصِيغَةِ الْبَيْعِ لَا على قَصْدِ الْحَقِيقَةِ وهو تَفْسِيرُ الْهَزْلِ وَالْهَزْلُ يَمْنَعُ جَوَازَ الْبَيْعِ لِأَنَّهُ يُعْدِمُ الرِّضَا بِمُبَاشَرَةِ السَّبَبِ فلم يَكُنْ هذا بَيْعًا مُنْعَقِدًا في حق الْحُكْمِ

وَرَوَى أبو يُوسُفَ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّ الْبَيْعَ جَائِزٌ لِأَنَّ ما شَرَطَاهُ في السِّرِّ لم يَذْكُرَاهُ في الْعَقْدِ وَإِنَّمَا عَقَدَا عَقْدًا صَحِيحًا بِشَرَائِطِهِ فَلَا يُؤَثِّرُ فيه ما تَقَدَّمَ من الشَّرْطِ كما إذَا اتَّفَقَا على أَنْ يَشْتَرِطَا شَرْطًا فَاسِدًا عِنْدَ الْبَيْعِ ثُمَّ بَاعَا من غَيْرِ شَرْطٍ

وَالْجَوَابُ أَنَّ الْحُكْمَ بِبُطْلَانِ هذا الْبَيْعِ لِمَكَانِ الضَّرُورَةِ فَلَوْ اعْتَبَرْنَا وُجُودَ الشَّرْطِ عِنْدَ الْبَيْعِ لَا تَنْدَفِعُ الضَّرُورَةُ وَلَوْ أَجَازَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ لم يَجُزْ وَإِنْ أَجَازَاهُ جَازَ كَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ لِأَنَّ الشَّرْطَ السَّابِقَ وهو الْمُوَاضَعَةُ مَنَعَتْ انْعِقَادَ الْعَقْدِ في حَقِّ الْحُكْمِ بِمَنْزِلَةِ شَرْطِ خِيَارِ الْمُتَبَايِعَيْنِ فَلَا يَصِحُّ إلَّا بِتَرَاضِيهِمَا وَلَا يَمْلِكُهُ الْمُشْتَرِي بِالْقَبْضِ حتى لو كان المشتري عَبْدًا فَقَبَضَهُ وَأَعْتَقَهُ لَا ينقذ (((ينفذ))) إعْتَاقُهُ بِخِلَافِ الْمُكْرَهِ على الْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ إذَا بَاعَ وسلم فَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي أن ينقذ (((ينفذ))) إعْتَاقُهُ لِأَنَّ بَيْعَ الْمُكْرَهِ انْعَقَدَ سَبَبًا لِلْحُكْمِ لِوُجُودِ الرِّضَا بِمُبَاشَرَةِ السَّبَبِ عَقْلًا لِمَا فيه من صِيَانَةِ نَفْسِهِ عن الْهَلَاكِ فَانْعَقَدَ السَّبَبُ إلَّا أَنَّهُ فَسَدَ لِانْعِدَامِ

الرِّضَا طَبْعًا فَتَأَخَّرَ الْمِلْكُ فيه إلَى وَقْتِ الْقَبْضِ أَمَّا هَهُنَا فلم يُوجَدْ الرِّضَا بِمُبَاشَرَةِ السَّبَبِ في الْجَانِبَيْنِ أَصْلًا فلم يَنْعَقِدْ السَّبَبُ في حَقِّ الْحُكْمِ فَتَوَقَّفَ

على أَحَدِهِمَا فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ بِشَرْطِ خِيَارِ الْمُتَبَايِعَيْنِ
هذا إذَا كانت التَّلْجِئَةُ في إنْشَاءِ الْبَيْعِ فإما أذا كانت في الْإِقْرَارِ بِهِ فَإِنْ اتَّفَقَا على أَنْ يُقِرَّا بِبَيْعٍ لم يَكُنْ فَأَقَرَّا بِذَلِكَ ثُمَّ اتَّفَقَا على أَنَّهُ لم يَكُنْ فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ حتى لَا يَجُوزُ بِإِجَازَتِهِمَا لِأَنَّ الْإِقْرَارَ إخْبَارٌ وَصِحَّةُ الْإِخْبَارِ بِثُبُوتِ الْمُخْبَرِ بِهِ حَالَ وُجُودِ الْإِخْبَارِ فَإِنْ كان ثَابِتًا كان الْإِخْبَارُ صِدْقًا وَإِلَّا فَيَكُونُ كَذِبًا وَالْمُخْبَرُ بِهِ هَهُنَا وهو الْبَيْعُ ليس بِثَابِتٍ فَلَا يَحْتَمِلُ الْإِجَازَةَ لِأَنَّهَا تَلْحَقُ الْمَوْجُودَ لَا الْمَعْدُومَ
هذا كُلُّهُ إذَا كانت التَّلْجِئَةُ في نَفْسِ الْبَيْعِ إنْشَاءً كان أو إقْرَارًا فَأَمَّا إذَا كانت في الثَّمَنِ فَهَذَا أَيْضًا لَا يَخْلُو من أَحَدِ وَجْهَيْنِ إمَّا إنْ كانت في قَدْرِ الثَّمَنِ وَإِمَّا إنْ كانت في جِنْسِهِ فَإِنْ كانت في قَدْرِهِ بِأَنْ تَوَاضَعَا في السِّرِّ وَالْبَاطِنِ على أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ أَلْفًا وَيَتَبَايَعَانِ في الظَّاهِرِ بِأَلْفَيْنِ فَإِنْ لم يَقُولَا عِنْدَ الْمُوَاضَعَةِ أَلْفٌ مِنْهُمَا رِيَاءٌ وَسُمْعَةٌ فَالثَّمَنُ ما تَعَاقَدَا عليه لِأَنَّ الثَّمَنَ اسْمٌ لِلْمَذْكُورِ عِنْدَ الْعَقْدِ وَالْمَذْكُورُ عِنْدَ الْعَقْدِ أَلْفَانِ فَإِنْ لم يذكر (((يذكرا))) أَنَّ أَحَدَهُمَا رِيَاءٌ وَسُمْعَةٌ صَحَّتْ تَسْمِيَةُ الْأَلْفَيْنِ وَإِنْ قَالَا عِنْدَ الْمُوَاضَعَةِ أَلْفٌ مِنْهُمَا رِيَاءٌ وَسُمْعَةٌ فَالثَّمَنُ ثَمَنُ السِّرِّ وَالزِّيَادَةُ بَاطِلَةٌ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّ الثَّمَنَ ثَمَنُ الْعَلَانِيَةِ
وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ الثَّمَنَ هو الْمَذْكُورُ في الْعَقْدِ وَالْأَلْفَانِ مَذْكُورَانِ في الْعَقْدِ وما ذَكَرَا في الْمُوَاضَعَةِ لم يَذْكُرَاهُ في الْعَقْدِ فَلَا يُعْتَبَرُ
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ ما تَوَاضَعَا في السِّرِّ هو ما تَعَاقَدَا عليه في الْعَلَانِيَةِ إلَّا أَنَّهُمَا زَادَا عليه أَلْفًا أُخْرَى وَالْمُوَاضَعَةُ السَّابِقَةُ أَبْطَلَتْ الزِّيَادَةَ لِأَنَّهُمَا في هُزْلَانِهَا حَيْثُ لم يَقْصِدَاهَا فلم يَصِحَّ ذِكْرُ الزِّيَادَةِ في الْبَيْعِ فَيَبْقَى الْبَيْعُ بِمَا تَوَاضَعَا عليه وهو الْأَلْفُ وَإِنْ كانت في جِنْسِهِ بِأَنْ اتَّفَقَا في السِّرِّ على أَنَّ الثَّمَنَ أَلْفُ دِرْهَمٍ لَكِنَّهُمَا يُظْهِرَا أَنَّ الْبَيْعَ بِمِائَةِ دِينَارٍ فَإِنْ لم يَقُولَا في الْمُوَاضَعَةِ أن ثَمَنَ الْعَلَانِيَةِ رِيَاءٌ وَسُمْعَةٌ فَالثَّمَنُ ما تَعَاقَدَا عليه لِمَا قُلْنَا وَإِنْ قَالَا ذلك فَالْقِيَاسُ أَنْ يَبْطُلَ الْعَقْدُ وفي الِاسْتِحْسَانِ يَصِحُّ بِمِائَةِ دِينَارٍ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ ثَمَنَ السِّرِّ لم يَذْكُرَاهُ في الْعَقْدِ وَثَمَنَ الْعَلَانِيَةِ لم يَقْصِدَاهُ فَقَدْ هَزِلَا بِهِ فَسَقَطَ وَبَقِيَ بَيْعًا بِلَا ثَمَنٍ فَلَا يَصِحُّ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُمَا لم يَقْصِدَا بَيْعًا بَاطِلًا بَلْ بَيْعًا صَحِيحًا فَيَجِبُ حَمْلُهُ على الصِّحَّةِ ما أَمْكَنَ وَلَا يُمْكِنُ حَمْلُهُ على الصِّحَّةِ إلَّا بِثَمَنِ الْعَلَانِيَةِ فَكَأَنَّهُمَا انْصَرَفَا عَمَّا شَرَطَاهُ في الْبَاطِنِ فَتَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِالظَّاهِرِ كما لو اتَّفَقَا على أَنْ يَبِيعَاهُ بَيْعَ تَلْجِئَةٍ فَتَوَاهَبَا بِخِلَافِ الْأَلْفِ وَالْأَلْفَيْنِ لِأَنَّ الثَّمَنَ الْمَذْكُورَ الْمَشْرُوطَ في السِّرِّ مَذْكُورٌ في الْعَقْدِ وَزِيَادَةٌ فَتَعَلَّقَ الْعَقْدُ بِهِ
هذا إذَا تَوَاضَعَا في السِّرِّ ولم يَتَعَاقَدَا في السِّرِّ فَأَمَّا إذَا تَعَاقَدَا في السِّرِّ بِثَمَنٍ ثُمَّ تَوَاضَعَا على أَنْ يُظْهِرَا الْعَقْدَ بِأَكْثَرَ منه أو بِجِنْسٍ آخَرَ فَإِنْ لم يَقُولَا أَنَّ الْعَقْدَ الثَّانِيَ رِيَاءٌ وَسُمْعَةٌ فَالْعَقْدُ الثَّانِي يَرْفَعُ الْعَقْدَ الْأَوَّلَ وَالثَّمَنُ هو الْمَذْكُورُ في الْعَقْدِ الثَّانِي لِأَنَّ الْبَيْعَ يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَالْإِقَالَةَ فَشُرُوعُهُمَا في الْعَقْدِ الثَّانِي إبْطَالٌ لِلْأَوَّلِ فَبَطَلَ الْأَوَّلُ وَانْعَقَدَ الثَّانِي بِمَا سُمِّيَ عِنْدَهُ
وَإِنْ قَالَا رِيَاءٌ وَسُمْعَةٌ فَإِنْ كان الثَّمَنُ من جِنْسٍ آخَرَ فَالْعَقْدُ هو الْعَقْدُ الْأَوَّلُ لِأَنَّهُمَا لم يَذْكُرَا الرِّيَاءَ وَالسُّمْعَةَ فَقَدْ أَبْطَلَا الْمُسَمَّى في الْعَقْدِ الثَّانِي فلم يَصِحَّ الْعَقْدُ فَبَقِيَ الْعَقْدُ الْأَوَّلُ وَإِنْ كان من جِنْسِ الْأَوَّلِ فَالْعَقْدُ هو الْعَقْدُ الثَّانِي لِأَنَّ الْبَيْعَ يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ فَكَانَ الْعَقْدُ هو الْعَقْدُ الثَّانِي لَكِنْ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَالزِّيَادَةُ بَاطِلَةٌ لِأَنَّهُمَا أَبْطَلَاهَا حَيْثُ هَزِلَا بها
هذا إذَا تَوَاضَعَا وَاتَّفَقَا في التَّلْجِئَةِ في الْبَيْعِ فَتَبَايَعَا وَهُمَا مُتَّفِقَانِ على ما تَوَاضَعَا فَأَمَّا إذَا اخْتَلَفَا فَادَّعَى أَحَدُهُمَا التَّلْجِئَةَ وَأَنْكَرَ الْآخَرُ وَزَعَمَ أَنَّ الْبَيْعَ بَيْعُ

رَغْبَةٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُنْكِرِ التَّلْجِئَةِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ له فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مع يَمِينِهِ على ما يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ من التَّلْجِئَةِ إذَا طَلَبَ الثَّمَنَ
وَإِنْ أَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ على التَّلْجِئَةِ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ الشَّرْطَ بِالْبَيِّنَةِ فَتُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ كما لو أَثْبَتَ الْخِيَارَ بِالْبَيِّنَةِ ثُمَّ هذا التَّفْرِيعُ على ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ يَعْتَبِرُ الْمُوَاضَعَةَ السَّابِقَةَ فَأَمَّا على رِوَايَةِ أبي يُوسُفَ عنه فَلَا يَجِيءُ هذا التَّفْرِيعُ لِأَنَّهُ يَعْتَبِرُ الْعَقْدَ الظَّاهِرَ فَلَا يُلْتَفَتُ إلَى هذه الدَّعْوَى لِأَنَّهَا وَإِنْ صَحَّتْ لَا تُؤَثِّرُ في الْبَيْعِ الظَّاهِرِ
وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ الْخِلَافَ بين أبي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيْهِ فقال على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ الْقَوْلُ قَوْلُ من يَدَّعِي جَوَازَ الْبَيْعِ وَعَلَى قَوْلِهِمَا الْقَوْلُ قَوْلُ من يَدَّعِي التَّلْجِئَةَ وَالْعَقْدُ فَاسِدٌ
وَلَوْ اتَّفَقَا على التَّلْجِئَةِ ثُمَّ قَالَا عِنْدَ الْبَيْعِ كُلُّ شَرْطٍ كان بَيْنَنَا فَهُوَ بَاطِلٌ تَبْطُلُ التَّلْجِئَةُ وَيَجُوزُ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ شَرْطٌ فَاسِدٌ زَائِدٌ فَاحْتَمَلَ السُّقُوطَ بِالْإِسْقَاطِ وَمَتَى سَقَطَ صَارَ الْعَقْدُ جَائِزًا إلَّا إذَا اتَّفَقَا عِنْدَ الْمُوَاضَعَةِ وَقَالَا إنَّ ما نَقُولُهُ عِنْدَ الْبَيْعِ أَنَّ

كُلَّ شَرْطٍ بَيْنَنَا فَهُوَ بَاطِلٌ فَذَلِكَ الْقَوْلُ مِنَّا بَاطِلٌ فإذا قَالَا ذلك لَا يَجُوزُ الْعَقْدُ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا على أَنَّ ما يُبْطِلَانِهِ من الشَّرْطِ عَنْدَ الْعَقْدِ بَاطِلٌ إلَّا إذَا حَكَيَا في الْعَلَانِيَةِ ما قَالَا في السِّرِّ فَقَالَا إنَّا شَرَطْنَا كَذَا وَكَذَا وقد أَبْطَلْنَا ذلك ثُمَّ تَبَايَعَا فَيَجُوزُ الْبَيْعُ ثُمَّ كما لَا يَجُوزُ بَيْعُ التَّلْجِئَةِ لَا يَجُوزُ الْإِقْرَارُ بِالتَّلْجِئَةِ بِأَنْ يَقُولَ لِآخَرَ إنِّي أُقِرُّ لك في الْعَلَانِيَةِ بِمَالِي أو بِدَارِي وَتَوَاضَعَا على فَسَادِ الْإِقْرَارِ لَا يَصِحُّ إقْرَارُهُ حتى لَا يَمْلِكَهُ الْمُقَرُّ له وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الذي يَخُصُّ بَعْضَ الْبِيَاعَاتِ دُونَ بَعْضٍ فَأَنْوَاعٌ أَيْضًا منها أَنْ يَكُونَ الْأَجَلُ مَعْلُومًا في بَيْعٍ فيه أَجَلٌ فَإِنْ كان مَجْهُولًا لا يَفْسُدُ الْبَيْعُ سَوَاءٌ كانت الْجَهَالَةُ مُتَفَاحِشَةً كَهُبُوبِ الرِّيحِ وَمَطَرِ السَّمَاءِ وَقُدُومِ فُلَانٍ وَمَوْتِهِ وَالْمَيْسَرَةِ وَنَحْوِ ذلك أو مُتَقَارِبَةً كَالْحَصَادِ وَالدِّيَاسِ وَالنَّيْرُوزِ وَالْمِهْرَجَانِ وَقُدُومِ الْحَاجِّ وَخُرُوجِهِمْ وَالْجُذَاذِ وَالْجِزَارِ وَالْقِطَافِ وَالْمِيلَادِ وَصَوْمِ النَّصَارَى وَفِطْرِهِمْ قبل دُخُولِهِمْ في صَوْمِهِمْ وَنَحْوِ ذلك لِأَنَّ الْأَوَّلَ فيه غَرَرُ الْوُجُودِ وَالْعَدَمِ
وَالنَّوْعُ الثَّانِي ما (((مما))) يَتَقَدَّمُ وَيَتَأَخَّرُ فَيُؤَدِّي إلَى الْمُنَازَعَةِ فَيُوجِبُ فَسَادَ الْبَيْعِ وَلَوْ بَاعَ الْعَيْنَ بِثَمَنٍ دَيْنٍ إلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ جَهَالَةً مُتَقَارِبَةً ثُمَّ أَبْطَلَ الْمُشْتَرِي الْأَجَلَ قبل مَحَلِّهِ وَقَبْلَ أَنْ يُفْسَخَ الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا لِأَجْلِ الْفَسَادِ جَازَ الْعَقْدُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَعِنْدَ زُفَرَ لَا يَجُوزُ وَلَوْ لم يَبْطُلْ حتى حَلَّ الْأَجَلُ وَأَخَذَ الناس في الْحَصَادِ ثُمَّ أَبْطَلَ لَا يَجُوزُ الْعَقْدُ بِالْإِجْمَاعِ
وَإِنْ كانت الْجَهَالَةُ مُتَفَاحِشَةً فَأَبْطَلَ الْمُشْتَرِي الْأَجَلَ قبل الِافْتِرَاقِ وَنَقَدَ الثَّمَنَ جَازَ الْبَيْعُ عِنْدَنَا وَعِنْدَ زُفَرَ لَا يَجُوزُ وَلَوْ افْتَرَقَا قبل الْإِبْطَالِ لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ
وَعَلَى هذا إذَا بَاعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ ولم يُوَقِّتْ لِلْخِيَارِ وَقْتًا مَعْلُومًا بِأَنْ قال أَبَدًا أو أَيَّامًا أو لم يذكر الْوَقْتَ حتى فَسَدَ الْبَيْعُ بِالْإِجْمَاعِ
ثُمَّ أن صَاحِبَ الْخِيَارِ أَبْطَلَ خِيَارَهُ قبل مُضِيِّ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ قبل أَنْ يفسخ (((يفسد))) الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا جَازَ الْبَيْعُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَإِنْ أَبْطَلَ بَعْدَ مُضِيِّ الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ لَا يَجُوزُ الْعَقْدُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَزُفَرَ وَعِنْدَ

أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَجُوزُ وَإِنْ وَقَّتَ وَقْتًا مَعْلُومًا بِأَنْ قال أَرْبَعَةُ أَيَّامٍ أو شهرا ((شهر))) فَأَبْطَلَ الْخِيَارَ قبل مُضِيِّ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَقَبْلَ أَنْ يُفْسَخَ الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا لِأَجْلِ الْفَسَادِ جَازَ عِنْدَنَا وَعِنْدَ زُفَرَ لَا يَجُوزُ وَعِنْدَهُمَا هذا الْخِيَارُ جَائِزٌ وَلَوْ مَضَتْ الْأَيَّامُ الثَّلَاثَةُ ثُمَّ أَبْطَلَ صَاحِبُ الْخِيَارِ خِيَارَهُ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ بِالْإِجْمَاعِ

وَعَلَى هذا لو عَقَدَا عَقْدَ السَّلَمِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ حتى فَسَدَ السَّلَمُ ثُمَّ إنَّ صَاحِبَ الْخِيَارِ أَبْطَلَ خِيَارَهُ قبل الِافْتِرَاقِ جَازَ السَّلَمُ عِنْدَنَا إذَا كان رَأْسُ الْمَالِ قَائِمًا في يَدِهِ وَلَوْ افْتَرَقَا قبل الْإِبْطَالِ ثُمَّ أَبْطَلَ لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ

وَعَلَى هذا إذ اشْتَرَى ثَوْبًا بِرَقْمِهِ ولم يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي رَقْمَهُ حتى فَسَدَ الْبَيْعُ ثُمَّ عَلِمَ رَقْمَهُ فَإِنْ عَلِمَ قبل الإفتراق وَاخْتَارَ الْبَيْعَ جَازَ الْبَيْعُ عِنْدَنَا وَعِنْدَ زُفَرَ لَا يَجُوزُ وَإِنْ كان بَعْدَ الِافْتِرَاقِ لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ

وَالْأَصْلُ عِنْدَ زُفَرَ أَنَّ الْبَيْعَ إذَا انْعَقَدَ على الْفَسَادِ لَا يَحْتَمِلُ الْجَوَازَ بَعْدَ ذلك بِرَفْعِ الْمُفْسِدِ وَالْأَصْلُ عِنْدَنَا أَنَّهُ يُنْظَرُ إلَى الْفَسَادِ فَإِنْ كان قَوِيًّا بِأَنْ دخل في صُلْبِ الْعَقْدِ وهو الْبَدَلُ أو الْمُبْدَلُ لَا يَحْتَمِلُ الْجَوَازَ بِرَفْعِ الْمُفْسِدِ كما قال زُفَرُ إذَا بَاعَ عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَرَطْلٍ من خَمْرٍ فَحَطَّ الْخَمْرَ عن الْمُشْتَرِي وَإِنْ كان ضَعِيفًا لم يَدْخُلْ في صُلْبِ الْعَقْدِ بَلْ في شَرْطٍ جَائِزٍ يَحْتَمِلُ الْجَوَازَ بِرَفْعِ الْمُفْسِدِ كما في الْبَيْعِ بِشَرْطِ خِيَارٍ لم يُوَقَّتْ أو وُقِّتَ إلَى وَقْتٍ مَجْهُولٍ كَالْحَصَادِ وَالدِّيَاسِ أو لم يذكر الْوَقْتَ وَكَمَا في بَيْعِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ إلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ على ما ذَكَرْنَا

ثُمَّ اخْتَلَفَ مَشَايِخُنَا في الْعِبَارَةِ عن هذا الْعَقْدِ قال مَشَايِخُ الْعِرَاقِ أنه انْعَقَدَ فَاسِدًا لَكِنْ فَسَادًا غير مُتَقَرِّرٍ فَإِنْ أَبْطَلَ الشَّرْطَ قبل تَقَرُّرِهِ بِأَنْ لم يَدْخُلْ وَقْتُ الْحَصَادِ أو الْيَوْمُ الرَّابِعُ يَنْقَلِبُ إلَى الْجَوَازِ وَإِنْ لم يُبْطِلْ حتى دخل تَقَرَّرَ الْفَسَادُ وهو قَوْلُ بَعْضِ مَشَايِخِنَا بِمَا وَرَاءَ النَّهْرِ

وقال مَشَايِخُ خُرَاسَانَ وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا بِمَا وَرَاءَ النَّهْرِ الْعَقْدُ مَوْقُوفٌ إنْ أَسْقَطَ الشَّرْطَ قبل وَقْتِ الْحَصَادِ وَالْيَوْمِ الرَّابِعِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كان جَائِزًا من الْأَصْلِ وَإِنْ لم يُسْقِطْ حتى دخل الْيَوْمُ الرَّابِعُ أو أَوَانُ الْحَصَادِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ فَاسِدًا من حِينِ وُجُودِهِ

وَذُكِرَ عن الْحَسَنِ بن زِيَادٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قال قال أبو حَنِيفَةَ لو أَنَّ رَجُلًا اشْتَرَى عَبْدًا على أَنَّهُ بِالْخِيَارِ أَكْثَرَ من ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَالْبَيْعُ مَوْقُوفٌ فَإِنْ قال الْمُشْتَرِي قبل مُضِيِّ الثَّلَاثِ أَبْطَلْتُ خِيَارِي وَاسْتَوْجَبَ الْمَبِيعَ قبل أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ شيئا كان له ذلك وَتَمَّ الْبَيْعُ وَعَلَيْهِ الثَّمَنُ ولم يَكُنْ لِلْبَائِعِ أَنْ يُبْطِلَ الْبَيْعَ وَإِنْ قال الْبَائِعُ قد أَبْطَلْت الْبَيْعَ قبل أَنْ يُبْطِلَ الْمُشْتَرِي خِيَارَهُ بَطَلَ الْبَيْعُ ولم يَكُنْ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَسْتَوْجِبَهُ بَعْدَ ذلك وَأَنْ يُبْطِلَ خِيَارَهُ فَقَدْ نَصَّ على التَّوَقُّفِ وَفَسَّرَهُ حَيْثُ جَعَلَ لِلْبَائِعِ حَقَّ الْفَسْخِ قبل إجَازَةِ الْمُشْتَرِي وَهَذَا أَمَارَةُ الْبَيْعِ الْمَوْقُوفِ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ

وَاحِدٍ من الْعَاقِدَيْنِ حَقُّ الْفَسْخِ

وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّ هذا بَيْعٌ انْعَقَدَ بِوَصْفِ الْفَسَادِ من حِينِ وُجُودِهِ فَلَا يُتَصَوَّرُ أَنْ يَنْقَلِبَ جَائِزًا لِمَا فيه من الِاسْتِحَالَةِ

وَلِهَذَا لم يَنْقَلِبْ إلَى الْجَوَازِ إذَا دخل الْيَوْمُ الرَّابِعُ أو وَقْتُ الْحَصَادِ وَالدِّيَاسِ

وَلَنَا طَرِيقَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّ هذا الْعَقْدَ مَوْقُوفٌ لِلْحَالِ لَا يُوصَفُ بِالْفَسَادِ وَلَا بِالصِّحَّةِ لِأَنَّ الشَّرْطَ الْمَذْكُورَ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُفْسِدًا حَقِيقَةً وَيُحْتَمَلُ أَنْ لَا يَكُونَ فإذا سَقَطَ قبل دُخُولِ أَوَانِ الْحَصَادِ وَالْيَوْمِ الرَّابِعِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ ليس بِمُفْسِدٍ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ ما شَرَطَ الْأَجَلَ وَالْخِيَارَ إلَّا إلَى هذا الْوَقْتِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ صَحِيحًا مُفِيدًا لِلْمِلْكِ بِنَفْسِهِ من حِينِ وُجُودِهِ كما لو أَسْقَطَ الْأَجَلَ الصَّحِيحَ وَالْخِيَارَ الصَّحِيحَ وهو خِيَارُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ بَعْدَ مُضِيِّ يَوْمٍ وَإِنْ لم يُسْقِطْ حتى مَضَتْ الْأَيَّامُ الثَّلَاثَةُ وَدَخَلَ الْحَصَادُ تَبَيَّنَ أَنَّ الشَّرْطَ كان إلَى هذا الْوَقْتِ وَأَنَّهُ شَرْطٌ مُفْسِدٌ

وَالثَّانِي أَنَّ الْعَقْدَ في نَفْسِهِ مَشْرُوعٌ لَا يَحْتَمِلُ الْفَسَادَ على ما عُرِفَ وَكَذَا أَصْلُ الْأَجَلِ وَالْخِيَارُ لِأَنَّهُ مُلَائِمٌ لِلْعَقْدِ وَأَنَّهُ يُوصَفُ الْعَقْدُ بِالْفَسَادِ لِلْحَالِ لَا لِعَيْنِهِ بَلْ لِمَعْنًى مُجَاوِرٍ له زَائِدٍ عليه وَعَلَى أَصْلِ الْأَجَلِ وَالْخِيَارِ وهو الْجَهَالَةُ وَزِيَادَةُ الْخِيَارِ على الْمُدَّةِ الْمَشْرُوعَةِ فَإِنْ سَقَطَ قبل دُخُولِ وَقْتِ الْحَصَادِ أو الْيَوْمِ الرَّابِعِ فَقَدْ أَسْقَطَ الْمُفْسِدَ قبل تَقَرُّرِهِ فَزَالَ الْفَسَادُ فَبَقِيَ الْعَقْدُ مَشْرُوعًا كما كان من غَيْرِ وَصْفِ الْفَسَادِ وإذا دخل الْوَقْتُ فَقَدْ تَقَرَّرَ الْمُفْسِدُ فَتَقَرَّرَ الْفَسَادُ وَالْفَسَادُ بَعْدَ تَقَرُّرِهِ لَا يَحْتَمِلُ الزَّوَالَ

وَقَوْلُهُ الْعَقْدُ ما وَقَعَ فَاسِدًا من حِينِ وُجُودِهِ قُلْنَا على الطَّرِيقِ الْأَوَّلِ مَمْنُوعٌ بَلْ هو مَوْقُوفٌ وَعَلَى الطَّرِيقِ الثَّانِي مُسَلَّمٌ لَكِنْ لَا لِعَيْنِهِ بَلْ لِغَيْرِهِ وهو الشَّرْطُ الْمُجَاوِرُ الْمُفْسِدُ وقد أَسْقَطَ الْمُفْسِدَ قبل تَقَرُّرِهِ فَزَالَ الْفَسَادُ الثَّابِتُ لِمَعْنًى في غَيْرِهِ فَبَقِيَ مَشْرُوعًا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْمُوَفِّقُ

وَلَوْ بَاعَ بِثَمَنٍ حَالٍّ ثُمَّ أَخَّرَ إلَى الْآجَالِ الْمُتَقَارِبَةِ جَازَ التَّأْخِيرُ وَلَوْ أَخَّرَ إلَى الْآجَالِ الْمُتَفَاحِشَةِ لم يَجُزْ وَالدَّيْنُ على حَالِهِ حَالٌّ فَرَّقَ بين التَّأْجِيلِ وَالتَّأْخِيرِ لِم (((ولم))) يُجَوِّزْ التَّأْجِيلَ إلَى هذه الْآجَالِ أَصْلًا وَجَوَّزَ التَّأْخِيرَ إلَى الْمُتَقَارِبِ منها

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ التَّأْجِيلَ في الْعَقْدِ جَعْلُ الْأَجَلِ شَرْطًا في الْعَقْدِ

وَجَهَالَةُ الْأَجَلِ الْمَشْرُوطِ في الْعَقْدِ وَإِنْ كانت مُتَقَارِبَةً تُوجِبُ فَسَادَ الْعَقْدِ لِأَنَّهَا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ

فَأَمَّا التَّأْخِيرُ إلَى الْآجَالِ الْمَجْهُولَةِ جهالة مُتَقَارِبَةً فَلَا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّ الناس يُؤَخِّرُونَ الدُّيُونَ إلَى هذه الْآجَالِ عَادَةً وَمَبْنَى التَّأْخِيرِ على الْمُسَامَحَةِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُمْ يُسَامِحُونَ وَلَا يُنَازِعُونَ

وما جَرَتْ الْعَادَةُ منهم بِالتَّأْخِيرِ إلَى آجَالٍ تَفْحُشُ جَهَالَتُهَا بِخِلَافِ التَّأْجِيلِ لِأَنَّ ما جُعِلَ شَرْطًا في الْبَيْعِ مَبْنَاهُ على الْمُضَايَقَةِ فَالْجَهَالَةُ فيها وَإِنْ قَلَّتْ تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ

وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ إلَى الْآجَالِ الْمُتَقَارِبَةِ

وَجَازَتْ الْكَفَالَةُ إلَيْهَا لِأَنَّ مَبْنَى الْكَفَالَةِ على الْمُسَامَحَةِ

فإن الْمَكْفُولَ له لَا يُضَيِّقُ الْأَمْرَ على الْكَفِيلِ عَادَةً لِأَنَّ له سَبِيلَ الْوُصُولِ إلَى الدَّيْنِ من جِهَةِ الْأَصِيلِ

فَالتَّأْجِيلُ إلَيْهَا لَا يُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ

فإن الْجَهَالَةَ في بَابِ الْبَيْعِ مُفْضِيَةٌ إلَى الْمُنَازَعَةِ فَكَانَتْ مُفْسِدَةً لِلْبَيْعِ

وَلَوْ اشْتَرَى عَيْنًا بِثَمَنٍ دَيْنٍ على أَنْ يُسَلِّمَ إلَيْهِ الثَّمَنَ في مِصْرٍ آخَرَ

فَهَذَا لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ مِمَّا لا حَمْلَ له وَلَا مُؤْنَةَ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا له حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ وَعَلَى كل ذلك لَا يَخْلُو من أَنْ ضَرَبَ له الْأَجَلَ أو لم يَضْرِبْ فَإِنْ لم يَضْرِبْ له الْأَجَلَ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ سَوَاءٌ كان الثَّمَنُ له حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ أو لم يَكُنْ لِأَنَّهُ إذَا لم يَضْرِبْ له الْأَجَلَ كان شَرْطُ التَّسْلِيمِ في مَوْضِعٍ على سَبِيلِ التَّأْجِيلِ وَأَنَّهُ أَجَلٌ مَجْهُولٌ فَيُوجِبُ فَسَادَ الْعَقْدِ

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الثَّمَنَ إذَاكان لَا حَمْلَ له وَلَا مُؤْنَةَ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ لِأَنَّ شَرْطَ التَّأْجِيلِ في مَكَان آخَرَ ليس بِتَأْجِيلٍ حَقِيقَةً بَلْ هو تَخْصِيصُ التَّسْلِيمِ بِمَكَانٍ آخَرَ فَيَجُوزُ الْبَيْعُ وَيُجْبَرُ الْمُشْتَرِي على تَسْلِيمِ الثَّمَنِ في أَيِّ مَوْضِعٍ طَالَبَهُ

وَإِنْ ضَرَبَ له أَجَلًا على أَنْ يُسَلِّمَ إلَيْهِ الثَّمَنَ بَعْدَ مَحَلِّ الْأَجَلِ في مِصْرٍ آخَرَ فَإِنْ كان الْأَجَلُ مِقْدَارَ ما لَا يُمْكِنُ الْوُصُولُ إلَى الْمَوْضِعِ الْمَشْرُوطِ في قَدْرِ تِلْكَ الْمُدَّةِ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ أَيْضًا لِأَنَّهُ إذَا كان لَا يُمْكِنُ الْوُصُولُ فيه إلَى الْمَوْضِعِ الْمَشْرُوطِ صَارَ كَأَنْ لم يَضْرِبْ وَإِنْ كان ضَرَبَ أَجَلًا يُمْكِنُ الْوُصُولُ فيه إلَى الْمَكَانِ الْمَشْرُوطِ فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ وَالتَّأْجِيلُ صَحِيحٌ لِأَنَّهُ إذَا ضَرَبَ له أَجَلًا يُمْكِنُ الْوُصُولُ فيه إلَى ذلك الْمَكَانِ عُلِمَ أَنَّ شَرْطَ التَّسْلِيمِ في ذلك الْمَكَانِ لم يَكُنْ على سَبِيلِ التَّأْجِيلِ بَلْ على تَخْصِيصِ ذلك الْمَكَانِ بِالتَّسْلِيمِ فيه فإذا حَلَّ الْأَجَلُ وَطَالَبَهُ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ في

غَيْرِ الْمَكَانِ الْمَشْرُوطِ يُنْظَرُ إنْ كان الثَّمَنُ مِمَّا ليس له حَمْلٌ وَلَا مُؤْنَةٌ يُجْبَرُ الْمُشْتَرِي على تَسْلِيمِهِ في أَيِّ مَوْضِعٍ طَالَبَهُ الْبَائِعُ بَعْدَ حِلِّ الْأَجَلِ وَإِنْ كان الثَّمَنُ له حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ لَا يُجْبَرُ على تَسْلِيمِهِ إلَّا في الْمَوْضِعِ الْمَشْرُوطِ

وَكَذَلِكَ لو أَرَادَ الْمُشْتَرِي أَنْ يُسَلِّمَهُ في غَيْرِ الْمَكَانِ الْمَشْرُوطِ وَأَبَى الْبَائِعُ ذلك إلَّا في الْمَوْضِعِ الْمَشْرُوطِ فَهُوَ على هذا التَّفْصِيلِ وَلَوْ كان الثَّمَنُ عَيْنًا فَشَرَطَ تَسْلِيمَهُ في مِصْرٍ آخَرَ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ سَوَاءٌ شَرَطَ الْأَجَلَ أو لم يَشْرُطْ لِأَنَّ فيه غَرَرًا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَمِنْهَا الْقَبْضُ في بَيْعِ الْمُشْتَرِي الْمَنْقُولَ فَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ قبل الْقَبْضِ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النبي عليه الصلاة (((وسلم))) والسلام نهى عن بَيْعِ ما لم يُقْبَضْ وَالنَّهْيُ يُوجِبُ فَسَادَ الْمَنْهِيِّ وَلِأَنَّهُ بَيْعٌ فيه غَرَرُ الِانْفِسَاخِ بِهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عليه لِأَنَّهُ إذَا هَلَكَ الْمَعْقُودُ عليه قبل الْقَبْضِ يَبْطُلُ الْبَيْعُ الْأَوَّلُ فَيَنْفَسِخُ الثَّانِي لِأَنَّهُ بَنَاهُ على الْأَوَّلِ وقد نهى رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم عن بَيْعٍ فيه غَرَرٌ وَسَوَاءٌ بَاعَهُ من غَيْرِ بَائِعِهِ أو من بَائِعِهِ لِأَنَّ النَّهْيَ مُطْلَقٌ لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ بين الْبَيْعِ من غَيْرِ بَائِعِهِ وَبَيْنَ الْبَيْعِ من بَائِعِهِ وَكَذَا مَعْنَى الْغَرَرِ لَا يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا فَلَا يَصِحُّ الثَّانِي وَالْأَوَّلُ على حَالِهِ وَلَا يَجُوزُ إشْرَاكُهُ وَتَوْلِيَتُهُ لِأَنَّ كُلَّ ذلك بَيْعٌ

وَلَوْ قَبَضَ نِصْفَ الْمَبِيعِ دُونَ النِّصْفِ فَأَشْرَكَ رَجُلًا لم يَجُزْ فِيمَا لم يَقْبِضْ وَجَازَ فِيمَا قَبَضَ لِأَنَّ الْإِشْرَاكَ نَوْعُ بَيْعٍ وَالْمَبِيعُ مَنْقُولٌ فلم يَكُنْ غَيْرُ الْمَقْبُوضِ مَحَلًّا له شَرْعًا فلم يَصِحَّ في غَيْرِ الْمَقْبُوضِ وَصَحَّ في قَدْرِ الْمَقْبُوضِ وَلَهُ الْخِيَارُ لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ عليه وَلَا تَجُوزُ إجَارَتُهُ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ بِعِوَضٍ وَمِلْكُ الْمَنْفَعَةِ تَابِعٌ لِمِلْكِ الْعَيْنِ وَلَا يَجُوزُ فيه تَمْلِيكُ الْعَيْنِ فَلَا يَجُوزُ تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ وَلِأَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ فَيَتَمَكَّنُ فيه غَرَرُ الِانْفِسَاخِ بِهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عليه

وَلِأَنَّ ما رَوَيْنَا من النَّهْيِ يَتَنَاوَلُ الْإِجَارَةَ لِأَنَّهَا نَوْعُ بَيْعٍ وهو بَيْعُ الْمَنْفَعَةِ

وَيَجُوزُ إعْتَاقُهُ بِعِوَضٍ وَغَيْرِ عِوَضٍ

وَكَذَا تَدْبِيرُهُ وَاسْتِيلَادُهُ بِأَنْ كانت أَمَةً فَأَقَرَّ أنها كانت وَلَدَتْ له لِأَنَّ جَوَازَ هذه التَّصَرُّفَاتِ يَعْتَمِدُ قِيَامَ مِلْكِ الرَّقَبَةِ وقد وُجِدَ بِخِلَافِ الْبَيْعِ فإن صِحَّتَهُ تَفْتَقِرُ

إلَى مِلْكِ الرَّقَبَةِ وَالْيَدِ جميعا لِافْتِقَارِهِ إلَى التَّسْلِيمِ
وَكَذَا الْإِجَارَةُ بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ
وَلِأَنَّ الْمَانِعَ هو الْقَبْضُ وَبِهَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ يَصِيرُ قَابِضًا على ما نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَلِأَنَّ الْفَسَادَ لِتَمَكُّنِ الْغَرَرِ وهو غَرَرُ انْفِسَاخِ الْعَقْدِ بِهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عليه لِمَا نَذْكُرُهُ
وَهَذِهِ التَّصَرُّفَاتُ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ الِانْفِسَاخَ فلم يُوجَدْ فَلَزِمَ الْجَوَازُ بِدَلِيلِهِ
وَهَلْ تَجُوزُ كِتَابَتُهُ لَا رِوَايَةَ فيه عن أَصْحَابِنَا فَاحْتُمِلَ أَنْ يُقَالَ لَا يَجُوزُ قِيَاسًا على الْبَيْعِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِمَّا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ وَالْإِقَالَةَ
وَجَائِزٌ أَنْ يُقَالَ يَجُوزُ فَرْقًا بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْبَيْعِ لِأَنَّهَا أَوْسَعُ إضْرَارًا من الْبَيْعِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ إذَا كَاتَبَهُ الْمُشْتَرِي قبل الْقَبْضِ فَلِلْبَائِعِ أَنْ يُبْطِلَهُ فَإِنْ لم يُبْطِلْهُ حتى نَقَدَ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ جَازَتْ الْكِتَابَةُ ذَكَرَهَا في الْعُيُونِ وَلَوْ وَهَبَهُ من الْبَائِعِ فَإِنْ لم يَقْبَلْهُ لم تَصِحَّ الْهِبَةُ وَالْبَيْعُ على حَالِهِ لِأَنَّ الْهِبَةَ لَا تَصِحُّ بِدُونِ الْقَبُولِ فَإِنْ قَبِلَهُ الْبَائِعُ لم تَجُزْ الْهِبَةُ لِأَنَّهَا تَمْلِيكُ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ كَالْبَيْعِ وَانْفَسَخَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا وَيَكُونُ إقَالَةً لِلْبَيْعِ فَرَّقَ بين الْهِبَةِ من الْبَائِعِ وَبَيْنَ الْبَيْعِ منه حَيْثُ جَعَلَ الْهِبَةَ منه إقَالَةً دُونَ الْبَيْعِ منه
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ بين الْهِبَةِ وَالْإِقَالَةِ مُقَارَبَةً فإن كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُسْتَعْمَلُ في إلْحَاقِ ما سَلَفَ بِالْعَدَمِ يُقَالُ وَهَبْتُ مِنْك جَرِيمَتَك كما يُقَالُ أَقَلْتُ عَثْرَتَك أو جَعَلْت ذلك كَالْعَدَمِ في حَقِّ الْمُؤَاخَذَةِ بِهِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَكَانَ الْآخَرِ فَأَمْكَنَ جَعْلُ الْهِبَةِ مَجَازًا عن الْإِقَالَةِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الْعَمَلِ بِالْحَقِيقَةِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ فإنه لَا مُقَارَبَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْإِقَالَةِ فَتَعَذَّرَ جَعْلُهُ مَجَازًا عنها فَوَقَعَ لَغْوًا وَكَذَلِكَ لو تَصَدَّقَ بِهِ عليه فَهُوَ على التَّفْصِيلِ الذي ذَكَرْنَا
وَلَوْ وَهَبَ لِغَيْرِ الْبَائِعِ أو تَصَدَّقَ بِهِ على غَيْرِ الْبَائِعِ وَأَمَرَ بِالْقَبْضِ من الْبَائِعِ أو رَهَنَهُ عِنْدَ آخَرَ وَأَمَرَهُ أَنْ يَقْبِضَ من الْبَائِعِ فَقَبَضَهُ بِأَمْرِهِ أو (((وأقرضه))) أقرضه وَأَمَرَهُ بِالْقَبْضِ لم تَجُزْ هذه الْعُقُودُ كُلُّهَا عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ جَازَتْ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أن صِحَّةَ هذه الْعُقُودِ بِالْقَبْضِ فإذا أَمَرَهُ بِالْقَبْضِ فَقَدْ أَنَابَهُ مَنَابَ نَفْسِهِ في الْقَبْضِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ له فإذا قَبَضَ بِأَمْرِهِ يَصِيرُ قَابِضًا عنه أَوَّلًا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ ثُمَّ لِنَفْسِهِ فَيَصِحُّ وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ جَوَازَ هذه الْعُقُودِ مَبْنِيٌّ على الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ وهو مِلْكُ الرَّقَبَةِ وَالْيَدِ جميعا لِأَنَّ بِهِ يَقَعُ الْأَمْنُ عن غَرَرِ الِانْفِسَاخِ بِهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عليه وَغَرَرُ الِانْفِسَاخِ هَهُنَا ثَابِتٌ فلم يَكُنْ الْمِلْكُ مُطْلَقًا فلم يَجُزْ
وَلَوْ أَوْصَى بِهِ لِرَجُلٍ قبل الْقَبْضِ ثُمَّ مَاتَ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أُخْتُ الْمِيرَاثِ
وَلَوْ مَاتَ قبل الْقَبْضِ صَارَ ذلك مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِ كَذَا الْوَصِيَّةُ
وَلَوْ قال الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ بِعْهُ لي لم يَكُنْ نَقْضًا بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ بَاعَهُ لم يَجُزْ بَيْعُهُ

وَلَوْ قال بِعْهُ لِنَفْسِك كان نَقْضًا بِالْإِجْمَاعِ
وَلَوْ قال بِعْهُ مُطْلَقًا كان نَقْضًا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا يَكُونُ نَقْضًا
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ إطْلَاقَ الْأَمْرِ بِالْبَيْعِ يَنْصَرِفُ إلَى الْبَيْعِ لِلْآمِرِ

لَا لِلْمَأْمُورِ لِأَنَّ الْمِلْكَ له لَا لِلْمَأْمُورِ فَصَارَ كَأَنَّهُ قال له بِعْهُ لي
وَلَوْ نَصَّ عليه لَا يَكُونُ نَقْضًا لِلْبَيْعِ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِبَيْعٍ فَاسِدٍ فَكَذَا هذا
وَلَهُمَا أَنَّ مُطْلَقَ الْأَمْرِ بِالْبَيْعِ يُحْمَلُ على بَيْعٍ صَحِيحٍ يصح (((صح)))
وَلَوْ حَمَلْنَاهُ على الْبَيْعِ لِلْآمِرِ لَمَا صَحَّ لِأَنَّهُ يَكُونُ أَمْرًا بِبَيْعٍ من لَا يَمْلِكُ بِنَفْسِهِ
فَلَا يَصِحُّ فَيُحْمَلُ على الْبَيْعِ لِنَفْسِهِ كَأَنَّهُ نَصَّ عليه فقال بِعْهُ لِنَفْسِك وَلَا يَتَحَقَّقُ
الْبَيْعُ لِنَفْسِهِ إلَّا بَعْدَ انْفِسَاخِ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ فَيَتَضَمَّنُ الْأَمْرُ بِالْبَيْعِ لِنَفْسِهِ انْفِسَاخَ
الْبَيْعِ الْأَوَّلِ فَيَنْفَسِخُ مُقْتَضَى الْأَمْرِ كما في قَوْلِ الرَّجُلِ لِغَيْرِهِ أَعْتِقْ عَبْدَك
عَنِّي على أَلْفِ دِرْهَمٍ
وَلَوْ قال الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ أَعْتِقْهُ فَأَعْتَقَهُ الْبَائِعُ فَإِعْتَاقُهُ جَائِزٌ عن نَفْسِهِ عِنْدَ أبي
حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ إعْتَاقُهُ بَاطِلٌ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ مُطْلَقَ الْأَمْرِ بِالْإِعْتَاقِ يَنْصَرِفُ إلَى الْإِعْتَاقِ عن الأمر
لَا عن نَفْسِهِ لِأَنَّ الْمِلْكَ لِلْآمِرِ وَالْإِعْتَاقُ عنه بِمَنْزِلَةِ الْقَبْضِ وَالْبَائِعُ لَا يَصْلُحُ نَائِبًا
عن الْمُشْتَرِي في الْقَبْضِ عنه فَلَا يَصْلُحُ نَائِبًا عنه في الْإِعْتَاقِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْأَمْرَ بِالْإِعْتَاقِ يُحْمَلُ على وَجْهٍ يَصِحُّ
وَلَوْ حُمِلَ على الْإِعْتَاقِ عن الْآمِرِ لم يَصِحَّ لِمَا ذَكَرْتُمْ فَيُحْمَلُ على الْإِعْتَاقِ عن
نَفْسِهِ
فإذا أَعْتَقَ يَقَعُ عنه
وَأَمَّا بَيْعُ الْمُشْتَرِي الْعَقَارَ قبل الْقَبْضِ
فَجَائِزٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ اسْتِحْسَانًا
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ قِيَاسًا
وَاحْتَجُّوا بِعُمُومِ النَّهْيِ الذي رَوَيْنَا
وَلِأَنَّ الْقُدْرَةَ على الْقَبْضِ عِنْدَ الْعَقْدِ شَرْطُ صِحَّةِ الْعَقْدِ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَا قُدْرَةَ إلَّا
بِتَسْلِيمِ الثَّمَنِ وَفِيهِ غَرَرٌ
وَلَهُمَا عُمُومَاتُ الْبِيَاعَاتِ من الْكِتَابِ الْعَزِيزِ من غَيْرِ تَخْصِيصٍ
وَلَا يَجُوزُ تَخْصِيصُ عُمُومِ الْكِتَابِ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ عِنْدَنَا أو نَحْمِلُهُ على الْمَنْقُولِ
تَوْفِيقًا بين الدَّلَائِلِ صِيَانَةً لها عن التَّنَاقُضِ وَلِأَنَّ الْأَصْلَ في رُكْنِ الْبَيْعِ إذَا صَدَرَ
من الْأَهْلِ في الْمَحَلِّ هو الصِّحَّةُ وَالِامْتِنَاعُ لِعَارِضِ الْغَرَرِ وهو غَرَرُ انْفِسَاخِ
الْعَقْدِ بِهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عليه وَلَا يُتَوَهَّمُ هَلَاكُ الْعَقَارِ فَلَا يَتَقَرَّرُ الْغَرَرُ فَبَقِيَ بَيْعُهُ
على حُكْمِ الْأَصْلِ وَكَمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمُشْتَرِي الْمَنْقُولَ قبل الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ بَيْعُ
الْأُجْرَةِ الْمَنْقُولَةِ قبل الْقَبْضِ إذَا كانت عَيْنًا وَبَدَلِ الصُّلْحِ الْمَنْقُولِ إذَا كان عَيْنًا
وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ عِوَضٍ مُلِكَ بِعَقْدٍ ينسخ (((ينفسخ))) فيه الْعَقْدُ بِهَلَاكِهِ
قبل الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فيه كَالْمَبِيعِ وَالْأُجْرَةِ وَبَدَلِ الصُّلْحِ إذَا كان مَنْقُولًا
مُعَيَّنًا وَكُلَّ عِوَضٍ مُلِكَ بِعَقْدٍ لَا يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ فيه بِهَلَاكِهِ قبل الْقَبْضِ يَجُوزُ
التَّصَرُّفُ فيه كَالْمَهْرِ وَبَدَلِ الْخُلْعِ وَبَدَلِ الْعِتْقِ وَبَدَلِ الصُّلْحِ عن دَمِ الْعَمْدِ وَفِقْهُ
هذا الْأَصْلِ ما ذَكَرْنَا أَنَّ الْأَصْلَ هو الصِّحَّةُ في التَّصَرُّفِ الصَّادِرِ من الْأَهْلِ
الْمُضَافِ إلَى الْمَحَلِّ وَالْفَسَادُ بِعَارِضِ غَرَرُ الِانْفِسَاخِ وَلَا يُتَوَهَّمُ ذلك في هذه
التَّصَرُّفَاتِ لِأَنَّهَا لَا تَحْتَمِلُ الْفَسْخَ فَكَانَ الْقَوْلُ بِجَوَازِ هذه التَّصَرُّفَاتِ عَمَلًا
بِالْأَصْلِ وَأَنَّهُ وَاجِبٌ وَكَذَلِكَ الْمِيرَاثُ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فيه قبل الْقَبْضِ لِأَنَّ مَعْنَى
الْغَرَرِ لَا يَتَقَرَّرُ فيه وَلِأَنَّ الْوَارِثَ خَلَفَ الْمَيِّتَ في مِلْكِ الْمَوْرُوثِ وَخَلَفُ
الشَّيْءِ قَائِمٌ مَقَامَهُ كَأَنَّهُ هو فكان الْمُوَرِّثَ قَائِمٌ وَلَوْ كان قَائِمًا لَجَازَ تَصَرُّفُهُ

فيه كَذَا الْوَارِثُ
وَكَذَلِكَ الْمُوصَى بِهِ بِأَنْ أَوْصَى إلَى إنْسَانٍ بِشَيْءٍ ثُمَّ مَاتَ الْمُوصِي فَلِلْمُوصَى له أَنْ يَتَصَرَّفَ قبل الْقَبْضِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أُخْتُ الْمِيرَاثِ وَيَجُوزُ التَّصَرُّفُ في الْمِيرَاثِ قبل الْقَبْضِ فَكَذَا في الْمُوصَى بِهِ وَهَلْ يَجُوزُ بَيْعُ الْمَقْسُوم بَعْدَ الْقِسْمَةِ قبل الْقَبْضِ يُنْظَرُ إنْ كان ما وَقَعَ عليه الْقِسْمَةُ مِمَّا يُجْبَرُ عليه الشُّرَكَاءُ إذَا طَلَبَهَا وَاحِدٌ منهم جَازَ لِوَاحِدٍ منهم أَنْ يَبِيعَ نَصِيبَهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ قبل الْقَبْضِ سَوَاءٌ كان مَنْقُولًا أو غير مَنْقُولٍ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ في مِثْلِهِ إفْرَازٌ
وَإِنْ كان مِمَّا لَا يُجْبَرُ عليه الشُّرَكَاءُ عِنْدَ طَلَبِ وَاحِدٍ منهم كَالْأَشْيَاءِ الْمُخْتَلِفَةِ وَالرَّقِيقِ على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قبل الْقَبْضِ إنْ كان مَنْقُولًا وَإِنْ كان عَقَارًا فَعَلَى الِاخْتِلَافِ الذي ذَكَرْنَا لِأَنَّ قِسْمَةَ هذه الْأَشْيَاءِ فيها مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ فَتُشْبِهُ الْبَيْعَ وَاَللَّهُ عز اسْمُهُ أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيْعُ الدَّيْنِ قبل الْقَبْضِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الدُّيُونُ أَنْوَاعٌ منها ما لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قبل الْقَبْضِ وَمِنْهَا ما يَجُوزُ أَمَّا الذي لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قبل الْقَبْضِ فَنَحْوُ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ لِعُمُومِ النَّهْيِ وَلِأَنَّ قَبْضَهُ في الْمَجْلِسِ شَرْطٌ وَبِالْبَيْعِ يَفُوتُ الْقَبْضُ حَقِيقَةً وَكَذَا الْمُسَلَّمُ فيه لِأَنَّهُ مَبِيعٌ لم يُقْبَضْ وَكَذَا لو بَاعَ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ بَعْدَ الْإِقَالَةِ قبل الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ يَجُوزَ وهو قَوْلُ زُفَرَ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ عَقْدَ السَّلَمِ ارْتَفَعَ بِالْإِقَالَةِ لِأَنَّهَا فَسْخٌ وَفَسْخُ الْعَقْدِ رَفْعُهُ من الْأَصْلِ وَجَعْلُهُ كَأَنَّهُ لم يَكُنْ وإذا ارْتَفَعَ الْعَقْدُ من الْأَصْلِ عَادَ رَأْسُ الْمَالِ إلَى قَدِيمِ مِلْكِ رَبِّ الْمَالِ فَكَانَ مَحَلًّا لِلِاسْتِبْدَالِ كما كان قبل السَّلَمِ وَلِهَذَا يَجِبُ قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ بَعْدَ

الْإِقَالَةِ في مَجْلِسِ الإقال (((الإقالة)))
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ عُمُومُ النَّهْيِ الذي رَوَيْنَا إلَّا من حَيْثُ خُصَّ بِدَلِيلٍ وفي الْبَابِ نَصٌّ خَاصٌّ وهو ما رَوَى أبو سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ رضي اللَّهُ عنه عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لِرَبِّ السَّلَمِ لَا تَأْخُذْ إلَّا سَلَمَكَ أو رَأْسَ مَالِك وفي رِوَايَةٍ خُذْ سَلَمَك أو رَأْسَ مَالِكَ
نهى النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَبَّ السَّلَمِ عن الْأَخْذِ عَامًّا وَاسْتَثْنَى أَخْذَ السَّلَمِ أو رَأْسَ الْمَالِ فَبَقِيَ أَخْذُ ما وَرَاءَهُمَا على أَصْلِ النَّهْيِ
وَكَذَا إذَا انْفَسَخَ السَّلَمُ بَعْدَ صِحَّتِهِ لِمَعْنًى عَارِضٍ نحو ذِمِّيٍّ أَسْلَمَ إلَى ذِمِّيٍّ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ في خَمْرٍ ثُمَّ أَسْلَمَا أو أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا قبل قَبْضِ الْخَمْرِ حتى بَطَلَ السَّلَمُ وَوَجَبَ على الْمُسَلَّمِ إلَيْهِ رَدُّ رَأْسِ الْمَالِ لَا يَجُوزُ لِرَبِّ السَّلَمِ الِاسْتِبْدَالُ اسْتِحْسَانًا لِمَا رَوَيْنَا
وَلَوْ كان السَّلَمُ فَاسِدًا من الْأَصْلِ وَوَجَبَ على الْمُسَلَّمِ إلَيْهِ رَدُّ رَأْسِ الْمَالِ لِفَسَادِ السَّلَمِ يَجُوزُ الِاسْتِبْدَالُ لِأَنَّ السَّلَمَ إذَا كان فَاسِدًا في الْأَصْلِ لَا يَكُونُ له حُكْمُ السَّلَمِ فَكَانَ رَأْسُ مَالِ السَّلَمِ بِمَنْزِلَةِ سَائِرِ الدُّيُونِ من الْقَرْضِ وَثَمَنِ الْمَبِيعِ وَضَمَانِ الْغَصْبِ وَالِاسْتِهْلَاكِ
وَأَمَّا بَدَلُ الصَّرْفِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قبل الْقَبْضِ في الِابْتِدَاءِ وهو حَالُ بَقَاءِ الْعَقْدِ وَيَجُوزُ في الِانْتِهَاءِ وهو ما بَعْدَ الْإِقَالَةِ بِخِلَافِ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ فإنه لَا يَجُوزُ

بَيْعُهُ في الْحَالَيْنِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْقِيَاسَ جَوَازُ الِاسْتِبْدَالِ بَعْدَ الْإِقَالَةِ في الناس جميعا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْإِقَالَةَ فَسْخٌ وَفَسْخُ الْعَقْدِ رَفْعُهُ من الْأَصْلِ كَأَنْ لم يَكُنْ وَلَوْ لم يَكُنْ الْعَقْدُ لَجَازَ الِاسْتِبْدَالُ فَكَذَا إذَا رُفِعَ وَأُلْحِقَ بِالْعَدَمِ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ الِاسْتِبْدَالُ فِيهِمَا جميعا إلَّا أَنَّ الْحُرْمَةَ في بَابِ السَّلَمِ ثَبَتَتْ نَصًّا بِخِلَافِ الْقِيَاسِ وهو ما رَوَيْنَا وَالنَّصُّ وَرَدَ في السَّلَمِ فَبَقِيَ جَوَازُ الِاسْتِبْدَالِ بَعْدَ الْإِقَالَةِ في الصَّرْفِ على الْأَصْلِ
وَكَذَا الثِّيَابُ الْمَوْصُوفَةُ في الذِّمَّةِ الْمُؤَجَّلَةِ لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا قبل الْقَبْضِ لِلنَّهْيِ سَوَاءٌ كان ثُبُوتُهَا في الذِّمَّةِ بِعَقْدِ السَّلَمِ أو غَيْرِهِ لِأَنَّ الثِّيَابَ كما تَثْبُتُ في الذِّمَّةِ مُؤَجَّلَةٌ بِطَرِيقِ السَّلَمِ تَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ مُؤَجَّلَةً لَا بِطَرِيقِ السَّلَمِ بِأَنْ بَاعَ عَبْدًا بِثَوْبٍ مَوْصُوفٍ في الذِّمَّةِ مُؤَجَّلٍ فإنه يَجُوزُ بَيْعُهُ وَلَا يَكُونُ جَوَازُهُ بِطَرِيقِ السَّلَمِ بِدَلِيلِ أَنَّ قَبْضَ الْعَبْدِ ليس بِشَرْطٍ وَقَبْضَ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ شَرْطُ جَوَازِ السَّلَمِ
وَكَذَا إذَا أَجَّرَ دَارِهِ بِثَوْبٍ مَوْصُوفٍ في الذِّمَّةِ مُؤَجَّلٍ جَازَتْ الْإِجَارَةُ وَلَا يَكُونُ سَلَمًا وَكَذَا لو ادَّعَى عَيْنًا في يَدِ رَجُلٍ فَصَالَحَهُ من دَعْوَاهُ على ثَوْبٍ مَوْصُوفٍ في الذِّمَّةِ مُؤَجَّلٍ جَازَ الصُّلْحُ وَلَا يَكُونُ هذا سَلَمًا وَلَا يَجُوزُ الِاسْتِبْدَالُ بِهِ كما لَا يَجُوزُ بِالْمُسَلَّمِ فيه وَإِنْ لم يَكُنْ ثُبُوتُهُ بِعَقْدِ السَّلَمِ فَهَذِهِ جُمْلَةُ الدُّيُونِ التي لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا قبل الْقَبْضِ وما سِوَاهَا من ثَمَنِ الْمَبِيعِ وَالْقَرْضِ وَقِيمَةِ الْمَغْصُوبِ وَالْمُسْتَهْلَكِ وَنَحْوِهَا فَيَجُوزُ بَيْعُهَا مِمَّنْ عليه قبل الْقَبْضِ
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ ثَمَنُ الْمَبِيعِ إذَا كان عَيْنًا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قبل الْقَبْضِ قَوْلًا وَاحِدًا وَإِنْ كان دَيْنًا لَا يَجُوزُ في أَحَدِ قَوْلَيْهِ أَيْضًا بِنَاءً على أَنَّ الثَّمَنَ وَالْمُثَمَّنَ عِنْدَهُ من الْأَسْمَاءِ الْمُتَرَادِفَةِ يَقَعَانِ على مُسَمًّى وَاحِدٍ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعًا فَكَانَ بَيْعُ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ وَكَذَا النَّهْيُ عن بَيْعِ ما لم يُقْبَضْ عَامٌّ لَا يَفْصِلُ بين الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ
وَأَمَّا على أَصْلِنَا فَالْمَبِيعُ وَالثَّمَنُ من الْأَسْمَاءِ الْمُتَبَايِنَةِ في الْأَصْلِ يَقَعَانِ على مَعْنَيَيْنِ مُتَبَايِنَيْنِ على ما نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى في مَوْضِعِهِ وَلَا حُجَّةَ له في عُمُومِ النَّهْيِ لِأَنَّ بَيْعَ ثَمَنِ الْمَبِيعِ مِمَّنْ عليه صَارَ مَخْصُوصًا بِحَدِيثِ عبد اللَّهِ بن عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما على ما نَذْكُرُهُ
وَأَمَّا بَيْعُ هذه الدُّيُونِ من غَيْرِ من عليه وَالشِّرَاءُ بها من غَيْرِ من عليه فَيُنْظَرُ إنْ أَضَافَ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ إلَى الدَّيْنِ لم يَجُزْ بِأَنْ يَقُولَ لِغَيْرِهِ بِعْت مِنْك الدَّيْنَ الذي في ذِمَّةِ فُلَانٍ بِكَذَا أو يَقُولَ اشْتَرَيْت مِنْك هذا الشَّيْءَ بِالدَّيْنِ الذي في ذِمَّةِ فُلَانٍ لِأَنَّ ما في ذِمَّةِ فُلَانٍ غَيْرُ مَقْدُورِ التَّسْلِيمِ في حَقِّهِ وَالْقُدْرَةُ على التَّسْلِيمِ شَرْطُ انْعِقَادِ الْعَقْدِ على ما مَرَّ بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ بِالدَّيْنِ مِمَّنْ عليه الدَّيْنُ لِأَنَّ ما في ذِمَّتِهِ مُسَلَّمٌ له وَإِنْ لم يُضِفْ الْعَقْدَ إلَى الدَّيْنِ الذي عليه جَازَ
وَلَوْ اشْتَرَى شيئا بِثَمَنِ دَيْنٍ ولم يُضِفْ الْعَقْدَ إلَى الدَّيْنِ حتى جَازَ ثُمَّ أَحَالَ الْبَائِعُ على غَرِيمِهِ بِدَيْنِهِ الذي له عليه جَازَتْ الْحَوَالَةُ سَوَاءٌ كان الدَّيْنُ الذي أُحِيلَ بِهِ دَيْنًا يَجُوزُ بَيْعُهُ قبل الْقَبْضِ أو لَا يَجُوزُ كَالسَّلَمِ وَنَحْوِهِ
وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا تَجُوزُ الْحَوَالَةُ بِدَيْنٍ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قبل الْقَبْضِ وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ هذا تَوْكِيلٌ بِقَبْضِ الدَّيْنِ فإن الْمُحَالَ له يَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ لِلْمُحِيلِ بِقَبْضِ دَيْنِهِ من الْمُحْتَالِ له وَالتَّوْكِيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ جَائِزٌ أَيُّ دَيْنٍ كان وَيَكُونُ قَبْضُ وَكِيلِهِ كَقَبْضِ مُوَكِّلِهِ
وَلَوْ بَاعَ هذا الدَّيْنَ مِمَّنْ عليه الدَّيْنُ جَازَ بِأَنْ اشْتَرَى منه شيئا بِعَيْنِهِ بِدَيْنِهِ الذي

له في ذِمَّتِهِ لِأَنَّهُ بَاعَ ما هو مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ عِنْدَ الشِّرَاءِ لِأَنَّ ذِمَّتَهُ في

يَدِهِ بِخِلَافِ الْأَوَّلِ وَكَذَا إذَا صَالَحَ معه من دَيْنِهِ على شَيْءٍ بِعَيْنِهِ جَازَ الصُّلْحُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْبَدَلُ مَنْطُوقًا بِهِ في أَحَدِ نَوْعَيْ الْمُبَادَلَةِ وَهِيَ الْمُبَادَلَةُ الْقَوْلِيَّةُ فَإِنْ كان مَسْكُوتًا عنه فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ بِأَنْ قال بِعْت مِنْك هذا الْعَبْدَ وَسَكَتَ عن ذِكْرِ الثَّمَنِ فقال الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْت لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْبَيْعَ في اللُّغَةِ مُبَادَلَةُ شَيْءٍ مَرْغُوبٍ بِشَيْءٍ مَرْغُوبٍ وفي الشَّرْعِ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ فإذا لم يَكُنْ الْبَدَلُ مَنْطُوقًا بِهِ وَلَا بِيعَ بِدُونِ الْبَدَلِ إذْ هو مُبَادَلَةٌ كان بَدَلُهُ قِيمَتَهُ فَكَانَ هذا بَيْعُ الْعَبْدِ بِقِيمَتِهِ وَأَنَّهُ فَاسِدٌ وَهَكَذَا السَّبِيلُ في الْبِيَاعَاتِ الْفَاسِدَةِ أنها تَكُونُ بَيْعًا بِقِيمَةِ الْمَبِيعِ على ما نَذْكُرُ في مَوْضِعِهِ
هذا إذَا سَكَتَ عن ذِكْرِ الثَّمَنِ فَأَمَّا إذَا نَفَاهُ صَرِيحًا بِأَنْ قال بِعْتُك هذا الْعَبْدَ بِغَيْرِ ثَمَنٍ أو بِلَا ثَمَنٍ فقال الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْت اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال بَعْضُهُمْ هذا وَالسُّكُوتُ عن الثَّمَنِ سَوَاءٌ وَالْبَيْعُ فَاسِدٌ وقال بَعْضُهُمْ الْبَيْعُ بَاطِلٌ
وَجْهُ قَوْلِ الْأَوَّلِينَ أَنَّ قَوْلَهُ بِلَا ثَمَنٍ بَاطِلٌ لِأَنَّ الْبَيْعَ عَقْدُ مُبَادَلَةٍ فَكَانَ ذِكْرُهُ ذِكْرًا لِلْبَدَلِ فإذا قال بِغَيْرِ ثَمَنٍ فَقَدْ نَفَى ماأثبته فَبَطَلَ قَوْلُهُ بِلَا ثَمَنٍ وَبَقِيَ قَوْلُهُ بِعْت مَسْكُوتًا عن ذِكْرِ الثَّمَنِ فَكَأَنَّهُ بَاعَ وَسَكَتَ عن ذِكْرِ الثَّمَنِ
وَجْهُ قَوْلِ الْآخَرِينَ أَنَّ عِنْدَ السُّكُوتِ عن ذِكْرِ الثَّمَنِ يَصِيرُ الْبَدَلُ مَذْكُورًا بِطَرِيقِ الدَّلَالَةِ فإذا نَصَّ على نَفْيِ الثَّمَنِ بَطَلَتْ الدَّلَالَةُ فلم يَكُنْ هذا بَيْعًا أَصْلًا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا الْخُلُوُّ عن الرِّبَا وَإِنْ شِئْت قُلْت
وَمِنْهَا الْمُمَاثَلَةُ بين الْبَدَلَيْنِ في أَمْوَالِ الرِّبَا حتى لو انْتَفَتْ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ لِأَنَّهُ بَيْعُ رِبًا وَالْبَيْعُ الذي فيه رِبًا فَاسِدٌ لِأَنَّ الرِّبَا حَرَامٌ بِنَصِّ الْكِتَابِ الْكَرِيمِ قال اللَّه عز وجل { وَحَرَّمَ الرِّبَا } وَالْكَلَامُ في مَسَائِلِ الرِّبَا في الْأَصْلِ في ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ أَحَدُهَا في بَيَانِ الرِّبَا في عُرْفِ الشَّرْعِ أَنَّهُ ما هو وَالثَّانِي في بَيَانِ عِلَّتِهِ أنها ما هِيَ وَالثَّالِثُ في بَيَانِ شَرْطِ جَرَيَانِ الرِّبَا
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالرِّبَا في عُرْفِ الشَّرْعِ نَوْعَانِ رِبَا الْفَضْلِ وَرِبَا النَّسَاءِ
أَمَّا رِبَا الْفَضْلِ فَهُوَ زِيَادَةُ عَيْنِ مَالٍ شُرِطَتْ في عَقْدِ الْبَيْعِ على الْمِعْيَارِ الشَّرْعِيِّ وهو الْكَيْلُ أو الْوَزْنُ في الْجِنْسِ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ هو زِيَادَةٌ مُطْلَقَةٌ في الْمَطْعُومِ خَاصَّةً عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ خَاصَّةً
وَأَمَّا رِبَا النَّسَاءِ فَهُوَ فَضْلُ الْحُلُولِ على الْأَجَلِ وَفَضْلُ الْعَيْنِ على الدَّيْنِ في الْمَكِيلَيْنِ أو الْمَوْزُونَيْنِ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ أو في غَيْرِ الْمَكِيلَيْنِ أو الْمَوْزُونَيْنِ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ هو فَضْلُ الْحُلُولِ على الْأَجَلِ في الْمَطْعُومَاتِ وَالْأَثْمَانِ خَاصَّةً وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا الثَّانِي وهو بَيَانُ الْعِلَّةِ فَنَقُولُ الْأَصْلُ الْمَعْلُولُ في هذا الْبَابِ بِإِجْمَاعِ الْقَائِسِينَ الْحَدِيثُ الْمَشْهُورُ وهو ما رَوَى أبو سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ وَعُبَادَةُ بن الصَّامِتِ رضي اللَّهُ عنهما عن النبي أَنَّهُ قال الْحِنْطَةُ بِالْحِنْطَةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ وَالْفَضْلُ رِبًا وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ وَالْفَضْلُ رِبًا وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ وَالْفَضْلُ رِبًا وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ وَالْفَضْلُ رِبًا

وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ وَالْفَضْلُ رِبًا وَالذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ وَالْفَضْلُ رِبًا أَيْ بِيعُوا الْحِنْطَةَ بِالْحِنْطَةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ

وَرُوِيَ مِثْلٌ بِمِثْلٍ بِالرَّفْعِ أَيْ بَيْعُ الْحِنْطَةِ بِالْحِنْطَةِ مِثْلٌ بِمِثْلٍ يَدٌ بِيَدٍ جَائِزٌ فَهَذَا النَّصُّ مَعْلُولٌ بِاتِّفَاقِ الْقَائِسِينَ غير أَنَّهُمْ اخْتَلَفُوا في الْعِلَّةِ قال أَصْحَابُنَا عِلَّةُ رِبَا الْفَضْلِ في الْأَشْيَاءِ الْأَرْبَعَةِ الْمَنْصُوصِ عليها الْكَيْلُ مع الْجِنْسِ وفي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ والوزن (((الوزن))) مع الْجِنْسِ فَلَا تَتَحَقَّقُ الْعِلَّةُ إلَّا بِاجْتِمَاعِ الْوَصْفَيْنِ وَهُمَا الْقَدْرُ وَالْجِنْسُ وَعِلَّةُ رِبَا النَّسَاءِ هِيَ أَحَدُ وَصْفَيْ عِلَّةِ رِبَا الْفَضْلِ

أما الْكَيْلُ أو الْوَزْنُ الْمُتَّفِقُ أو الْجِنْسُ وَهَذَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ عِلَّةُ رِبَا الْفَضْلِ في الْأَشْيَاءِ الْأَرْبَعَةِ الطُّعْمُ وفي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ الثَّمَنِيَّةَ في قَوْلٍ وفي قَوْلٍ هُمَا غَيْرُ مَعْلُولَيْنِ وَعِلَّةُ رِبَا النَّسَاءِ ما هو عِلَّةُ رِبَا الْفَضْلِ وَهِيَ الطُّعْمُ في الْمَطْعُومَاتِ وَالثَّمَنِيَّةُ في الْأَثْمَانِ دُونَ الْجِنْسِ إذْ الْأَصْلُ عِنْدَهُ حُرْمَةُ بَيْعِ الْمَطْعُوم بِجِنْسِهِ

وَأَمَّا التَّسَاوِي في الْمِعْيَارِ الشَّرْعِيِّ مع الْيَدِ مُخَلِّصٌ من الْحُرْمَةِ بِطَرِيقِ الرُّخْصَةِ

احْتَجَّ الشَّافِعِيُّ لِإِثْبَاتِ هذا الْأَصْلِ بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال لَا تَبِيعُوا الطَّعَامَ بِالطَّعَامِ إلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ

هذا الْأَصْلُ يَدُلُّ على أَنَّ الْأَصْلَ حُرْمَةُ بَيْعِ الْمَطْعُوم بِجِنْسِهِ وَإِنَّمَا الْجَوَازُ بِعَارِضِ التَّسَاوِي في الْمِعْيَارِ الشَّرْعِيِّ لِأَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نهى عن بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ مُطْلَقًا وَاسْتَثْنَى حَالَةَ الْمُسَاوَاةِ فَيَدُلُّ على أَنَّ الْحُرْمَةَ هِيَ الْأَصْلُ في بَيْعِ الْمَطْعُوم بِالْمَطْعُومِ من غَيْرِ فَصْلٍ بين الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ وَفِيهِ دَلِيلٌ أَيْضًا على جَعْلِ الطَّعْمِ عِلَّةً لِأَنَّهُ أَثْبَتَ الْحُكْمَ عَقِيبَ اسْمٍ مُشْتَقٍّ من مَعْنًى

وَالْأَصْلُ أَنَّ الْحُكْمَ إذَا ثَبَتَ عَقِيبَ اسْمٍ مُشْتَقٍّ من مَعْنًى يَصِيرُ مَوْضِعُ الِاشْتِقَاقِ عِلَّةً لِلْحُكْمِ الْمَذْكُورِ كَقَوْلِهِ تَعَالَى جَلَّ وَعَلَا { وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا }

وَقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ } وَالطَّعَامُ اسْمٌ مُشْتَقٌّ من الطُّعْمِ فَيَدُلُّ على كَوْنِ الطُّعْمِ عِلَّةً وَلِأَنَّ الْعِلَّةَ اسْمٌ لِوَصْفٍ مُؤَثِّرٍ في الْحُكْمِ وَوَصْفُ الطُّعْمِ مُؤَثِّرٌ في حُرْمَةِ بَيْعِ الْمَطْعُوم وَالْحُكْمُ مَتَى ثَبَتَ عَقِيبَ وَصْفٍ مُؤَثِّرٍ يُحَالُ إلَيْهِ كما في الزِّنَا وَالسَّرِقَةِ وَنَحْوِ ذلك

وَبَيَانُ تَأْثِيرِ الطُّعْمِ أَنَّهُ وَصْفٌ ينبىء عن الْعِزَّةِ وَالشَّرَفِ لِكَوْنِهِ مُتَعَلَّقَ الْبَقَاءِ وَهَذَا يُشْعِرُ بِعِزَّتِهِ وَشَرَفِهِ فَيَجِبُ أظهارِ عِزَّتِهِ وَشَرَفِهِ وَذَلِكَ في تَحْرِيمِ بَيْعِ الْمَطْعُوم بِجِنْسِهِ وَتَعْلِيقِ جَوَازِهِ بِشَرْطَيْ التَّسَاوِي في الْمِعْيَارِ الشَّرْعِيِّ وَالْيَدِ لِأَنَّ في تَعَلُّقِهِ بِشَرْطَيْنِ تَضْيِيقَ طَرِيقِ إصَابَتِهِ وما ضَاقَ بطريق (((طريق))) إصَابَتِهِ يَعِزُّ وُجُودُهُ فَيَعِزُّ إمْسَاكُهُ وَلَا يَهُونُ في عَيْنِ صَاحِبِهِ فَكَانَ الْأَصْلُ فيه هو الْحَظْرُ وَلِهَذَا كان الْأَصْلُ في الْأَبْضَاعِ الْحُرْمَةَ وَالْحَظْرَ وَالْجَوَازَ بِشَرْطَيْ الشَّهَادَةِ وَالْوَلِيِّ إظْهَارًا لِشَرَفِهَا لِكَوْنِهَا مَنْشَأَ الْبَشَرِ الَّذِينَ هُمْ الْمَقْصُودُونَ في الْعَالَمِ وَبِهِمْ قِوَامُهَا وَالْأَبْضَاعُ وَسِيلَةٌ إلَى وُجُودِ الْجِنْسِ

وَالْقُوتُ وَسِيلَةٌ إلَى بَقَاءِ الْجِنْسِ فَكَانَ الْأَصْلُ فيها الْحَظْرَ وَالْجَوَازَ بِشَرْطَيْنِ لِيَعِزَّ وُجُودُهُ وَلَا تَتَيَسَّرُ إصَابَتُهُ فَلَا يَهُونُ إمْسَاكُهُ فَكَذَا هذا
وَكَذَا الْأَصْلُ في بَيْعِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ بِجِنْسِهِمَا هو الْحُرْمَةُ لِكَوْنِهِمَا أَثْمَانَ الْأَشْيَاءِ فيها وَعَلَيْهَا فَكَانَ قِوَامَ الْأَمْوَالِ وَالْحَيَاةِ بها فَيَجِبُ إظْهَارُ شَرَفِهَا في الشَّرْعِ بِمَا قُلْنَا وَلَنَا في إثْبَاتِ الْأَصْلِ إشَارَاتُ النُّصُوصِ من الْكِتَابِ الْعَزِيزِ وَالسُّنَّةِ وَالِاسْتِدْلَالِ
أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى { أَوْفُوا الْكَيْلَ وَلَا تَكُونُوا من الْمُخْسِرِينَ وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ وَلَا تَبْخَسُوا الناس أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْثَوْا في الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ } وقال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَيَا قَوْمِ أَوْفُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلَا تَبْخَسُوا الناس أَشْيَاءَهُمْ } { وَلَا تفسدوا (((تعثوا))) في الْأَرْضِ بعد (((مفسدين))) إصلاحها } جَعَلَ حُرْمَةَ الرِّبَا بِالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ مُطْلَقًا عن شَرْطِ الطُّعْمِ فَدَلَّ على أَنَّ الْعِلَّةَ هِيَ الْكَيْلُ وَالْوَزْنُ وقال سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَيْلٌ لِلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إذَا اكْتَالُوا على الناس يَسْتَوْفُونَ وإذا كَالُوهُمْ أو وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ } أَلْحَقَ الْوَعِيدَ الشَّدِيدَ بِالتَّطْفِيفِ في الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ مُطْلَقًا من غَيْرِ فَصْلٍ بين الْمَطْعُومِ وَغَيْرِهِ
وَأَمَّا السُّنَّةُ فما رُوِيَ أَنَّ عَامِلَ خَيْبَرَ أَهْدَى إلَى رسول اللَّهِ تمر جَنِيبًا فقال أو كل تَمْرِ خَيْبَرَ هَكَذَا فقال لَا وَلَكِنِّي أَعْطَيْتُ صَاعَيْنِ وَأَخَذْتُ صَاعًا فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَرْبَيْت هَلَّا بِعْتَ تَمْرَكَ بِسِلْعَةٍ ثُمَّ ابْتَعْتَ بِسِلْعَتِك تَمْرًا وَكَذَلِكَ الْمِيزَانُ وَأَرَادَ بِهِ الْمَوْزُونَ بِطَرِيقِ الْكِنَايَةِ لِمُجَاوِرَةٍ بَيْنَهُمَا مُطْلَقًا من غَيْرِ فَصْلٍ بين الْمَطْعُومِ وَغَيْرِ الْمَطْعُومِ وَكَذَا رَوَى مَالِكُ بن أَنَسٍ وَمُحَمَّدُ بن إسْحَاقَ الْحَنْظَلِيُّ بِإِسنادها (((بإسنادهما))) الحديث الْمَشْهُورَ الذي رَوَاهُ مُحَمَّدٌ في كِتَابِ الْبُيُوعِ عن النبي أَنَّهُ قال في أخره وَكَذَلِكَ كُلُّ ما يُكَالُ أو يُوزَنُ
وَأَمَّا الِاسْتِدْلَال فَهُوَ أَنَّ الْفَضْلَ على الْمِعْيَارِ الشَّرْعِيِّ من الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ في الْجِنْسِ إنَّمَا كان رِبًا في الْمَطْعُومَاتِ وَالْأَثْمَانِ من الْأَشْيَاءِ السِّتَّةِ الْمَنْصُوصِ عليها لِكَوْنِهِ فَضْلَ مَالٍ خَالٍ عن الْعِوَضِ يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عنه في عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ وقد وُجِدَ في الْجَصِّ وَالْحَدِيدِ وَنَحْوِهِمَا فَوُرُودُ الشَّرْعِ ثَمَّةَ يَكُونُ وُرُودًا ههنا (((هنا))) دَلَالَةً
وَبَيَانُ ذلك أَنَّ الْبَيْعَ لُغَةً وَشَرْعًا مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ وَهَذَا يَقْتَضِي التَّسَاوِي في الْبَدَلَيْنِ على وَجْهٍ لَا يَخْلُو كُلُّ جُزْءٍ من الْبَدَلِ من هذا الْجَانِبِ عن الْبَدَلِ من ذلك الْجَانِبِ لِأَنَّ هذا هو حَقِيقَةُ الْمُبَادَلَةِ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ بَيْعَ مَالِ الْيَتِيمِ بِغَبْنٍ فَاحِشٍ وَلَا يَصِحُّ من الْمَرِيضِ إلَّا من الثُّلُثِ وَالْقَفِيزُ من الْحِنْطَةِ مِثْلُ الْقَفِيزِ من الْحِنْطَةِ صُورَةً وَمَعْنًى وَكَذَلِكَ الدِّينَارُ مع الدِّينَارِ
أَمَّا الصُّورَةُ فَلِأَنَّهُمَا مُتَمَاثِلَانِ في الْقَدْرِ وَأَمَّا المعنى (((معنى))) فإن الْمُجَانَسَةَ في الْأَمْوَالِ عِبَارَةٌ عن تَقَارُبِ الْمَالِيَّةِ فَكَانَ الْقَفِيزُ مِثْلًا لِلْقَفِيزِ وَالدِّينَارُ مِثْلًا لِلدِّينَارِ وَلِهَذَا لو أَتْلَفَ على آخَرَ قَفِيزًا من حِنْطَةٍ يَلْزَمُهُ فقيز (((قفيز))) مِثْلُهُ وَلَا يَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ وإذا كان الْقَفِيزُ من الْحِنْطَةِ مِثْلًا لِلْقَفِيزِ من الْحِنْطَةِ كان الْقَفِيزُ الزَّائِدُ فَضْلَ مَالٍ خَالٍ عن الْعِوَضِ يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عنه في عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ فَكَانَ رِبًا وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَخُصُّ الْمَطْعُومَاتِ وَالْأَثْمَانَ بَلْ يُوجَدُ في كل مَكِيلٍ بِجِنْسِهِ وَمَوْزُونٍ بمثله فَالشَّرْعُ الْوَارِدُ هُنَاكَ يَكُونُ وَارِدًا هَهُنَا دَلَالَةً
وَأَمَّا قَوْلُهُ الْأَصْلُ حُرْمَةُ بَيْعِ الْمَطْعُومِ بِجِنْسِهِ فَمَمْنُوعٌ وَلَا حُجَّةَ له في الحديث لِأَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ما اقْتَصَرَ على النَّهْيِ عن بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ لِيُجْعَلَ الْحَظْرَ فيه أَصْلًا بَلْ قَرَنَ بِهِ الِاسْتِثْنَاءَ

فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إلَّا سَوَاءً بسواءفلا يَدُلُّ على كَوْنِ الْحُرْمَةِ فيه أَصْلًا

وَقَوْلُهُ جَعْلُ الطُّعْمِ عِلَّةً دَعْوَى مَمْنُوعَةٌ أَيْضًا وَالِاسْمُ

الْمُشْتَقُّ من مَعْنًى إنَّمَا يُجْعَلُ عِلَّةً لِلْحُكْمِ الْمَذْكُورِ عَقِيبَهُ عِنْدَنَا إذَا كان له أَثَرٌ كَالزِّنَا وَالسَّرِقَةِ وَنَحْوِهِمَا فَلِمَ قُلْتُمْ بِأَنَّ لِلطُّعْمِ أَثَرًا وَكَوْنُهُ مُتَعَلِّقَ الْبَقَاءِ لَا يَكُونُ أَثَرُهُ في الْإِطْلَاقِ أَوْلَى من الْحَظْرِ فإن الْأَصْلَ فيه هو التَّوْسِيعُ دُونَ التَّضْيِيقِ على ما عُرِفَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا الْأَصْلِ تُبْنَى مَسَائِلُ الرِّبَا نَقْدًا وَنَسِيئَةً وَفُرُوعُ الْخِلَافِ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الشَّافِعِيِّ أَمَّا رِبَا النَّقْدِ فَفَائِدَةُ الْخِلَافِ فيه تَظْهَرُ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في بَيْعِ مَكِيلٍ بِجِنْسِهِ غير مَطْعُومٍ أو مَوْزُونٍ بِجِنْسِهِ غير مَطْعُومٍ وَلَا ثَمَنٍ كَبَيْعِ قَفِيزِ جَصٍّ بِقَفِيزَيْ جَصٍّ وَبَيْعِ مَنِّ حَدِيدٍ بِمَنَوَيْ حَدِيدٍ عِنْدَنَا لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ بَيْعُ رِبًا لِوُجُودِ عِلَّةِ الرِّبَا وهو الْكَيْلُ مع الْجِنْسِ أو الْوَزْنُ مع الْجِنْسِ وَعِنْدَهُ يَجُوزُ لِأَنَّ الْعِلَّةَ هِيَ الطُّعْمُ أو الثَّمَنِيَّةُ ولم يُوجَدْ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ بَيْعُ كل مُقَدَّرٍ بِجِنْسِهِ من الميكلات (((المكيلات))) وَالْمَوْزُونَاتِ غير الْمَطْعُومَاتِ وَالْأَثْمَانِ كَالنُّورَةِ وَالزِّرْنِيخِ وَالصُّفْرِ وَالنُّحَاسِ وَنَحْوِهَا
وَأَمَّا بَيْعُ الْمَكِيلِ الْمَطْعُومِ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا وَبَيْعُ الْمَوْزُونِ الْمَطْعُومِ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا كَبَيْعِ قَفِيزِ أُرْزٍ بِقَفِيزَيْ أُرْزٍ وَبَيْعِ مَنِّ سُكَّرٍ بِمَنَوَيْ سُكَّرٍ فَلَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ أَمَّا عِنْدَنَا فَلِوُجُودِ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ وَعِنْدَهُ لِوُجُودِ الطُّعْمِ وَالْجِنْسِ وَكَذَا كُلُّ مَوْزُونٍ هو مَأْكُولٌ أو مَشْرُوبٌ كَالدُّهْنِ وَالزَّيْتِ وَالْخَلِّ وَنَحْوِهَا
وَيَجُوزُ بَيْعُ الْمَكِيلِ بِغَيْرِ جِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا مَطْعُومًا كان أو غير مَطْعُومٍ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ يَدًا بِيَدٍ كَبَيْعِ قَفِيزِ حِنْطَةٍ بِقَفِيزَيْ شَعِيرٍ وَبَيْعِ قَفِيزِ جَصٍّ بِقَفِيزَيْ نُورَةٍ وَنَحْوِ ذلك لِأَنَّ عِلَّةَ الرِّبَا الْفَضْلُ مَجْمُوعُ الْوَصْفَيْنِ وقد انْعَدَمَ أَحَدُهُمَا وهو الْجِنْسُ وَكَذَا بَيْعُ الْمَوْزُونِ بِغَيْرِ جِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا جَائِزٌ ثَمَنَيْنِ كَانَا أو مُثَمَّنَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ يَدًا بِيَدٍ كَبَيْعِ دِينَارٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَبَيْعِ مَنِّ حَدِيدٍ بِمَنَوَيْ نُحَاسٍ أو رَصَاصٍ وَنَحْوِ ذلك لِمَا قُلْنَا
وَيَجُوزُ بَيْعُ الْمَذْرُوعَاتِ وَالْمَعْدُودَاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ وَاحِدًا بِاثْنَيْنِ يَدًا بِيَدٍ كَبَيْعِ ثَوْبٍ بِثَوْبَيْنِ وَعَبْدٍ بِعَبْدَيْنِ وَشَاةٍ بِشَاتَيْنِ وَنَصْلٍ بِنَصْلَيْنِ وَنَحْوِ ذلك بِالْإِجْمَاعِ أَمَّا عِنْدَنَا فَلِانْعِدَامِ أَحَدِ الْوَصْفَيْنِ وهو الْكَيْلُ وَالْوَزْنُ وَعِنْدَهُ لِانْعِدَامِ الطُّعْمِ وَالثَّمَنِيَّةِ
وَأَمَّا بَيْعُ الْأَوَانِي الصُّفْرِيَّةِ وَاحِدًا بِاثْنَيْنِ كَبَيْعِ قُمْقُمَةٍ بِقُمْقُمَتَيْنِ وَنَحْوِ ذلك فَإِنْ كان مِمَّا يُبَاعُ عَدَدًا يَجُوزُ لِأَنَّ الْعَدَّ في الْعَدَدِيَّاتِ ليس من أَوْصَافِ عِلَّةِ الرِّبَا فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا وَإِنْ كان مِمَّا يُبَاعُ وَزْنًا لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ بَيْعُ مَالِ الرِّبَا بِجِنْسِهِ مُجَازَفَةً وَيَجُوزُ بَيْعُ الْمَعْدُودَاتِ الْمُتَقَارِبَةِ من غَيْرِ الْمَطْعُومَاتِ بِجِنْسِهَا مُتَفَاضِلًا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ يَدًا بِيَدٍ كَبَيْعِ الْفَلْسِ بِالْفَلْسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْفُلُوسَ أَثْمَانٌ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا بِجِنْسِهَا مُتَفَاضِلًا كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَدَلَالَةُ الْوَصْفِ عِبَارَةٌ عَمَّا تُقَدَّرُ بِهِ مَالِيَّةُ الْأَعْيَانِ وَمَالِيَّةُ الْأَعْيَانِ كما تُقَدَّرُ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ تُقَدَّرُ بِالْفُلُوسِ فَكَانَتْ أَثْمَانًا وَلِهَذَا كانت أَثْمَانًا عِنْدَ

مُقَابَلَتِهَا بِخِلَافِ جِنْسِهَا وَعِنْدَ مُقَابَلَتِهَا بِجِنْسِهَا حَالَةَ الْمُسَاوَاةِ وَإِنْ كانت ثَمَنًا فَالثَّمَنُ لَا يَتَعَيَّنُ وَإِنْ عُيِّنَ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ فَالْتَحَقَ التعيين (((التعين))) فِيهِمَا بِالْعَدَمِ فَكَانَ بَيْعُ الْفَلْسِ بِالْفَلْسَيْنِ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا وَذَا لَا يَجُوزُ وَلِأَنَّهَا إذَا كانت أَثْمَانًا فَالْوَاحِدُ يُقَابِلُ الْوَاحِدَ فَبَقِيَ الْآخَرُ فَضْلَ مَالٍ لَا يُقَابِلُهُ عِوَضٌ في عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ وَهَذَا تَفْسِيرُ الرِّبَا

وَلَهُمَا أَنَّ عِلَّةَ رِبَا الْفَضْلِ هِيَ الْقَدْرُ مع الْجِنْسِ وهو الْكَيْلُ أو الْوَزْنُ الْمُتَّفِقُ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ وَالْمُجَانَسَةِ إنْ وُجِدَتْ هَهُنَا فلم يُوجَدْ الْقَدْرُ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا

وَقَوْلُهُ الْفُلُوسُ أَثْمَانٌ قُلْنَا ثَمَنِيَّتُهَا قد بَطَلَتْ في حَقِّهِمَا قبل الْبَيْعِ فَالْبَيْعُ صَادَفَهَا وَهِيَ سِلَعٌ عَدَدِيَّةٌ فَيَجُوزُ بَيْعُ الْوَاحِدِ بالإثنين كَسَائِرِ السِّلَعِ الْعَدَدِيَّةِ كَالْقَمَاقِمِ الْعَدَدِيَّةِ وَغَيْرِهَا إلَّا أنها بَقِيَتْ أَثْمَانًا عِنْدَ مُقَابَلَتِهَا بِخِلَافِ جِنْسِهَا وَبِجِنْسِهَا حَالَةَ الْمُسَاوَاةِ لِأَنَّ خُرُوجَهَا عن وَصْفِ الثمينة (((الثمنية))) كان لِضَرُورَةِ صِحَّةِ الْعَقْدِ وَجَوَازِهِ لِأَنَّهُمَا قَصَدَا الصِّحَّةَ وَلَا صِحَّةَ إلَّا بِمَا قُلْنَا وَلَا ضَرُورَةَ ثَمَّةَ لِأَنَّ الْبَيْعَ جَائِزٌ في الْحَالَيْنِ بَقِيَتْ على صِفَةِ الثمينة (((الثمنية))) أو خَرَجَتْ عنها

وَالثَّانِي في بَيْعِ مَطْعُومٍ بِجِنْسِهِ ليس بِمَكِيلٍ وَلَا مَوْزُونٍ كَبَيْعِ حَفْنَةِ حِنْطَةٍ بِحَفْنَتَيْنِ منها أو بِطِيخَةٍ بِبِطِّيخَتَيْنِ أو تُفَّاحَةٍ بِتُفَّاحَتَيْنِ أو بَيْضَةٍ بِبَيْضَتَيْنِ أو جَوْزَةٍ بِجَوْزَتَيْنِ يَجُوزُ عِنْدَنَا لِعَدَمِ الْعِلَّةِ وَبَقِيَ الْكَيْلُ مع الْجِنْسِ أو الْوَزْنِ وَعِنْدَهُ لَا يَجُوزُ لِوُجُودِ الطَّعْمِ وَالْجِنْسِ

وَكَذَا لو بَاعَ حَفْنَةً بِحَفْنَةٍ أو تُفَّاحَةً بِتُفَّاحَةٍ أو بَيْضَةً بِبَيْضَةٍ يَجُوزُ عِنْدَنَا لِمَا قُلْنَا وَعِنْدَهُ لَا يَجُوزُ لِوُجُودِ الطَّعْمِ لِأَنَّ حُرْمَةَ بَيْعِ الْمَطْعُومِ بِجِنْسِهِ هو الْعَزِيمَةُ عِنْدَهُ وَالتَّسَاوِي في الْكَيْلِ أو الْوَزْنِ مُخَلِّصٌ عن الْحُرْمَةِ بِطَرِيقِ الرُّخْصَةِ ولم يُوجَدْ الْمُخَلِّصُ فَبَقِيَ على أَصْلِ الْحُرْمَةِ

وَأَمَّا رِبَا النَّسَاءِ وَفُرُوعُهُ وَفَائِدَةُ الِاخْتِلَافِ فيه فَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ عن إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ أَنَّهُ قال أَسْلِمْ

ما يُكَالُ فِيمَا يُوزَنُ وَأَسْلِمْ ما يُوزَنُ فِيمَا يُكَالُ وَلَا تُسْلِمْ ما يُكَالُ فِيمَا يُكَالُ وَلَا ما يُوزَنُ فِيمَا يُوزَنُ

وإذا اخْتَلَفَ النَّوْعَانِ مِمَّا يُكَالُ أو يُوزَنُ فَلَا بَأْسَ بِهِ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ يَدًا بِيَدٍ وَلَا خَيْرَ فيه نَسِيئَةً

وَلَا بُدَّ من شَرْحِ هذه الْجُمْلَةِ وَتَفْصِيلِ ما يَحْتَاجُ منها إلَى التَّفْصِيلِ لِأَنَّهُ رَحِمَهُ اللَّهُ أَجْرَى الْقَضِيَّةَ فيها عَامَّةً وَمِنْهَا ما يَحْتَمِلُ الْعُمُومَ وَمِنْهَا ما لَا يَحْتَمِلُ فَلَا بُدَّ من بَيَانِ ذلك فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ لَا يَجُوزُ إسْلَامُ الْمَكِيلَاتِ في الْمَكِيلَاتِ على الْعُمُومِ سَوَاءٌ كَانَا مَطْعُومَيْنِ كالنحطة (((كالحنطة))) في الْحِنْطَةِ أو في الشَّعِيرِ أو غير مَطْعُومَيْنِ كَالْجَصِّ في الْجَصِّ أو في النُّورَةِ

وَكَذَلِكَ بَيْعُ الْمَكِيلِ بِالْمَكِيلِ حَالًّا سَلَمًا لَكِنْ دَيْنًا مَوْصُوفًا في الذِّمَّةِ لَا يَجُوزُ سَوَاءٌ كَانَا من جِنْسٍ وَاحِدٍ أو من جِنْسَيْنِ مَطْعُومَيْنِ كَانَا أو غير مَطْعُومَيْنِ عِنْدَنَا لِأَنَّ أَحَدَ وَصْفَيْ عِلَّةِ رِبَا الْفَضْلِ جَمَعَهُمَا وهو الْكَيْلُ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ كَانَا مَطْعُومَيْنِ فَكَذَلِكَ وَإِنْ لم يَكُونَا مَطْعُومَيْنِ جَازَ لِأَنَّ الْعِلَّةَ

عِنْدَهُ الطَّعْمُ
وَأَمَّا إسْلَامُ الْمَوْزُونَاتِ في الْمَوْزُونَاتِ فَفِيهِ تَفْصِيلٌ إنْ كَانَا جميعا مِمَّا يَتَعَيَّنَانِ في الْعَقْدِ لَا يَجُوزُ أَيْضًا سَوَاءٌ كَانَا مَطْعُومَيْنِ كَالسُّكَّرِ في الزَّعْفَرَانِ أو غير مَطْعُومَيْنِ كَالْحَدِيدِ في النُّحَاسِ لِوُجُودِ أَحَدِ وَصْفَيْ عِلَّةِ رِبَا الْفَضْلِ الذي هو عِلَّةٌ تَامَّةٌ لِرِبَا النَّسَاءِ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَجُوزُ في غَيْرِ الْمَطْعُومِ وَلَا يَجُوزُ في الْمَطْعُومِ لِمَا قُلْنَا وَإِنْ كَانَا مِمَّا لَا يَتَعَيَّنَانِ في الْعَقْدِ كَالدَّرَاهِمِ في الدَّنَانِيرِ وَالدَّنَانِيرِ في الدَّرَاهِمِ أو الدَّرَاهِمِ في الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ في الدَّنَانِيرِ أو لَا يَتَعَيَّنُ الْمُسَلَّمُ فيه كَالْحَدِيدِ في الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْمُسَلَّمَ فيه مَبِيعٌ لِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ نهى عن بَيْعِ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَرَخَّصَ في السَّلَمِ
فَهَذَا يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ السَّلَمُ بَيْعَ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ لِأَنَّهُ رَخَّصَ في بَعْضِ ما دخل تَحْتَ النَّهْيِ وَالدَّاخِلُ تَحْتَ النَّهْيِ هو الْبَيْعُ دَلَّ أَنَّ السَّلَمَ نَوْعُ بَيْعٍ لِيَسْتَقِيمَ إثْبَاتُ الرُّخْصَةِ فيه فَكَانَ الْمُسَلَّمُ فيه مَبِيعًا وَالْمَبِيعُ مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وَالدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ لَا يَحْتَمِلَانِ التَّعْيِينَ شَرْعًا في عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ فلم يَكُونَا مُتَعَيِّنَيْنِ فَلَا يَصْلُحَانِ مُسَلَّمًا فِيهِمَا
وَإِنْ كان رَأْسُ الْمَالِ مِمَّا لَا يَتَعَيَّنُ وَالْمُسَلَّمُ فيه مِمَّا يَتَعَيَّنُ كما لو أَسْلَمَ الدَّرَاهِمَ أو الدَّنَانِيرَ في الزَّعْفَرَانِ أو في الْقُطْنِ أو الْحَدِيدِ وَغَيْرِهَا من سَائِرِ الْمَوْزُونَاتِ فإنه يَجُوزُ لِانْعِدَامِ الْعِلَّةِ وَهِيَ الْقَدْرُ الْمُتَّفِقُ أو الْجِنْسُ
أَمَّا الْمُجَانَسَةُ فَظَاهِرَةُ الِانْتِفَاءِ وَأَمَّا الْقَدْرُ الْمُتَّفِقُ فَلِأَنَّ وَزْنَ الثَّمَنِ يُخَالِفُ وَزْنَ الْمُثَمَّنِ أَلَا تَرَى أَنَّ الدَّرَاهِمَ تُوزَنُ بِالْمَثَاقِيلِ وَالْقُطْنَ وَالْحَدِيدَ يُوزَنَانِ بِالْقَبَّانِ فلم يَتَّفِقْ الْقَدْرُ فلم تُوجَدْ الْعِلَّةُ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا
هذا إذَا أَسْلَمَ الدَّرَاهِمَ أو الدَّنَانِيرَ في سَائِرِ الْمَوْزُونَاتِ فَأَمَّا إذَا أَسْلَمَ نَقْرَةَ فِضَّةٍ أو تِبْرَ ذَهَبٍ أو الْمَصُوغَ فيها فَهَلْ يَجُوزُ ذُكِرَ الِاخْتِلَافُ فيه بين أبي يُوسُفَ وَزُفَرَ على قَوْلِ أبي يُوسُفَ يَجُوزُ وَعَلَى قَوْلِ زُفَرَ لَا يَجُوزُ
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ أَنَّهُ وُجِدَ عِلَّةَ رِبَا النَّسَاءِ وَهِيَ أَحَدُ وَصْفَيْ عِلَّةِ رِبَا الْفَضْلِ وهو الْوَزْنُ في الْمَالَيْنِ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ أَحَدَ الْوَصْفَيْنِ الذي هو عِلَّةُ الْقَدْرِ الْمُتَّفِقِ لَا مُطْلَقَ الْقَدْرِ ولم يُوجَدْ لِأَنَّ النَّقْرَةَ أو التِّبْرَ من جِنْسِ الْأَثْمَانِ وَأَصْلِ الْأَثْمَانِ وَوَزْنُ الثَّمَنِ يُخَالِفُ وَزْنَ الْمُثَمَّنِ على ما ذَكَرْنَا فلم يَتَّفِقْ الْقَدْرُ فلم تُوجَدْ الْعِلَّةُ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا كما إذَا أَسْلَمَ فيها الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ
وَلَوْ أَسْلَمَ فيها الْفُلُوسَ جَازَ لِأَنَّ الْفَلْسَ عَدَدِيٌّ وَالْعَدَدُ في الْعَدَدِيَّاتِ ليس من أَوْصَافِ الْعِلَّةِ وَلَوْ أَسْلَمَ فيها الْأَوَانِيَ الصُّفْرِيَّةَ يُنْظَرُ إنْ كانت تُبَاعُ وَزْنًا لم يَجُزْ لِوُجُودِ الْوَزْنِ الذي هو أَحَدُ وَصْفَيْ عِلَّةِ رِبَا الْفَضْلِ وَإِنْ كانت تُبَاعُ عَدَدِيَّةً جَازَ لِانْعِدَامِ الْعِلَّةِ
وَأَمَّا إسْلَامُ الْمَكِيلَاتِ في الْمَوْزُونَاتِ فَهُوَ أَيْضًا على التَّفْصِيلِ فَإِنْ كان الْمَوْزُونُ مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ يَجُوزُ سَوَاءٌ كَانَا مَطْعُومَيْنِ كَالْحِنْطَةِ في الزَّيْتِ أو الزَّعْفَرَانِ أو غير مَطْعُومَيْنِ كَالْجَصِّ في الْحَدِيدِ عِنْدَنَا لِعَدَمِ الْعِلَّةِ وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَا يَجُوزُ في الْمَطْعُومَيْنِ لِوُجُودِ الْعِلَّةِ وَإِنْ كان مِمَّا لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وهو الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ لَا يَجُوزُ لِمَا مَرَّ أَنَّ شَرْطَ جَوَازِ السَّلَمِ فيه مَبِيعًا وَالدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ أَثْمَانٌ أَبَدًا بِخِلَافِ سَائِرِ الْمَوْزُونَاتِ
ثُمَّ إذَا لم يَجُزْ هذا الْعَقْدُ سَلَمًا هل يَجُوزُ بَيْعًا يُنْظَرُ أن كان بِلَفْظِ الْبَيْعِ يَجُوزُ وَيَكُونُ بَيْعًا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ لِأَنَّهُ إنْ تَعَذَّرَ تَصْحِيحُهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ سَلَمًا بَيْعًا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فَيُجْعَلُ بَيْعًا بِهِ وَإِنْ كان بِلَفْظِ السَّلَمِ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال بَعْضُهُمْ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ السَّلَمَ يُخَالِفُ مُطْلَقَ الْبَيْعِ في الْأَحْكَامِ وَالشَّرَائِطِ فإذا لم يَصِحَّ

سَلَمًا بَطَلَ رَأْسًا
وقال بَعْضُهُمْ يَجُوزُ لِأَنَّ السَّلَمَ نَوْعُ بَيْعٍ أَلَا تَرَى أَنَّ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سَمَّاهُ بَيْعًا حين نهى عن بَيْعِ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَرَخَّصَ في السَّلَمِ وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْبَيْعِ إلَّا أَنَّهُ اختص بِشَرَائِطَ مَخْصُوصَةٍ فإذا تَعَذَّرَ تَصْحِيحُهُ بَيْعًا هو سَلَمٌ يُصَحَّحُ بَيْعًا بِثَمَنٍ

(5/186)

مُؤَجَّلٍ تَصْحِيحًا لِلتَّصَرُّفِ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ وَأَمَّا إسْلَامُ الْمَوْزُونَاتِ في الْمَكِيلَاتِ فَجَائِزٌ على الْعُمُومِ سَوَاءٌ كان الْمَوْزُونُ الذي جَعَلَهُ رَأْسَ الْمَالِ عَرَضًا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ أو ثَمَنًا لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وهو الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ لِأَنَّهُ لم يَجْمَعْهَا أَحَدُ الْوَصْفَيْنِ وهو الْقَدْرُ الْمُتَّفِقُ أو الْجِنْسُ فلم تُوجَدْ الْعِلَّةُ وَلَوْ أَسْلَمَ جِنْسًا في جِنْسِهِ وَغَيْرِ جِنْسِهِ كما إذَا أَسْلَمَ مَكِيلًا في مَكِيلٍ وَمَوْزُونٍ لم يَجُزْ السَّلَمُ في جَمِيعِهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ يَجُوزُ في حِصَّةِ خِلَافِ الْجِنْسِ وهو الْمَوْزُونُ وهو على اخْتِلَافِهِمْ فيما (((فيمن))) جَمَعَ بين حُرٍّ وَعَبْدٍ وباعها (((وباعهما))) صَفْقَةً وَاحِدَةً وقد ذَكَرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ
وَأَمَّا إسْلَامُ غَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ في جِنْسِهِ من الذَّرْعِيَّاتِ وَالْعَدَدِيَّاتِ كَالْهَرَوِيِّ في الروي (((الهروي))) وَالْمَرْوِيِّ في الْمَرْوِيِّ وَالْحَيَوَانِ في الْحَيَوَانِ فَلَا يَجُوزُ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ
وَلَقَبُ هذه الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الْجِنْسَ بِانْفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النَّسَاءَ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ لَا يُحَرِّمُ فَلَا يَجُوزُ إسْلَامُ الْجَوْزِ في الْجَوْزِ وَالْبَيْضِ في الْبِيضِ وَالتُّفَّاحِ في التُّفَّاحِ وَالْحَفْنَةِ في الْحَفْنَةِ بِالْإِجْمَاعِ لِوُجُودِ الْجِنْسِ عِنْدَنَا وَلِوُجُودِ الطَّعْمِ عِنْدَهُ وَأَجْمَعُوا على أَنَّهُ يَجُوزُ إسْلَامُ الْهَرَوِيِّ في الْمَرْوِيِّ لِانْعِدَامِ أَحَدِ الْوَصْفَيْنِ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ لِانْعِدَامِ الطَّعْمِ وَالثَّمَنِيَّةِ
وَيَجُوزُ إسْلَامُ الْجَوْزِ في الْبَيْضِ وَالتُّفَّاحِ في السَّفَرْجَلِ وَالْحَيَوَانِ في الثَّوْبِ عِنْدَنَا لِمَا قُلْنَا وَعِنْدَهُ لَا يَجُوزُ في الْمَطْعُومِ لِوُجُودِ الطَّعْمِ
وَلَوْ أَسْلَمَ الْفُلُوسَ في الْفُلُوسِ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا لِوُجُودِ الْجِنْسِ وَعِنْدَهُ لِوُجُودِ الثَّمَنِيَّةِ وَكَذَا إذَا أَسْلَمَ الْأَوَانِيَ الصُّفْرِيَّةَ في جِنْسِهَا وَهِيَ تُبَاعُ عَدَدًا لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا لِوُجُودِ الْمُجَانَسَةِ وَعِنْدَهُ لِوُجُودِ الثَّمَنِيَّةِ وَالْكَلَامُ في مَسْأَلَةِ الْجِنْسِ بِانْفِرَادِهِ مَبْنِيٌّ على الْكَلَامِ في مَسْأَلَةِ الرِّبَا
وَأَصْلُ الشَّافِعِيِّ فيها ما ذَكَرْنَا أَنَّ حُرْمَةَ بَيْعِ الْمَطْعُومِ بِجِنْسِهِ وَحُرْمَةَ بَيْعِ الْأَثْمَانِ بِجِنْسِهَا هِيَ الْأَصْلُ وَالتَّسَاوِي في الْمِعْيَارِ الشَّرْعِيِّ مع الْيَدِ مُخَلِّصٌ عن الْحُرْمَةِ بِطَرِيقِ الرُّخْصَةِ أو رِبَا النَّسَاءِ عِنْدَهُ هو فَضْلُ الْحُلُولِ على الْأَجَلِ في الْمَطْعُومَاتِ وَالثَّمَنِيَّةِ في الْأَثْمَانِ وقد ذَكَرْنَا ما له من الدَّلِيلِ على صِحَّةِ هذا الْأَصْلِ فِيمَا تَقَدَّمَ وَالْكَلَامُ لِأَصْحَابِنَا في هذه الْمَسْأَلَةِ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا في عِلَّةِ رِبَا الْفَضْلِ وهو أَنَّ السَّلَمَ في الْمَطْعُومَاتِ وَالْأَثْمَانِ إنَّمَا كان رِبًا لِكَوْنِهِ فَضْلًا خَالِيًا عن الْعِوَضِ يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عنه في عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ لِأَنَّ الْبَيْعَ عَقْدُ مُبَادَلَةٍ على طَرِيقِ الْمُقَابَلَةِ وَالْمُسَاوَاةِ في الْبَدَلَيْنِ وَلِهَذَا لو كَانَا نَقْدَيْنِ يَجُوزُ وَلَا مُسَاوَاةَ بين النَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ لِأَنَّ الْعَيْنَ خَيْرٌ من الدَّيْنِ وَالْمُعَجَّلَ أَكْثَرُ قِيمَةً من الْمُؤَجَّلِ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ كُلُّ فَضْلٍ مَشْرُوطٍ في الْبَيْعِ رِبًا سَوَاءٌ

كان الْفَضْلُ من حَيْثُ الذَّاتُ أو من حَيْثُ الْأَوْصَافُ إلَّا ما لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عنه دَفْعًا لِلْحَرَجِ وَفَضْلُ التَّعْيِينِ يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عنه بِأَنْ يَبِيعَ عَيْنًا بِعَيْنٍ وَحَالًّا غير مُؤَجَّلٍ وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ في غَيْرِ الْمَطْعُومِ وَالْأَثْمَانِ فَوُرُودُ الشَّرْعِ ثَمَّةَ يَكُونُ وُرُودًا هَهُنَا دَلَالَةً وَابْتِدَاءُ الدَّلِيلِ لنا في الْمَسْأَلَةِ ما رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لَا رِبَا إلَّا في النَّسِيئَةِ

وَرُوِيَ إنَّمَا الرِّبَا في النَّسِيئَةِ حَقَّقَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الرِّبَا في النَّسِيئَةِ من غَيْرِ فَصْلٍ بين الْمَطْعُومِ وَالْأَثْمَانِ وَغَيْرِهَا فَيَجِبُ الْقَوْلُ بِتَحْقِيقِ الرِّبَا فيها على الْإِطْلَاقِ وَالْعُمُومِ إلَّا ما خُصَّ أو قُيِّدَ بِدَلِيلٍ وَالرِّبَا حَرَامٌ بِنَصِّ الْكِتَابِ الْعَزِيزِ

وإذا كان الْجِنْسُ أَحَدَ وَصْفَيْ عِلَّةِ رِبَا الْفَضْلِ وَعِلَّةِ رِبَا النَّسِيئَةِ عِنْدَنَا وَشَرْطُ عِلَّةِ رِبَا الْفَضْلِ عِنْدَهُ فَلَا بُدَّ من مَعْرِفَةِ الْجِنْسِ من كل ما يَجْرِي فيه الرِّبَا فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْحِنْطَةُ كُلُّهَا على اخْتِلَافِ أَنْوَاعِهَا وَأَوْصَافِهَا وَبُلْدَانِهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ وَكَذَلِكَ الشَّعِيرُ وَكَذَلِكَ دَقِيقُهُمَا وَكَذَا سَوِيقُهُمَا

وَكَذَلِكَ التَّمْرُ وَكَذَلِكَ الْمِلْحُ وَكَذَلِكَ الْعِنَبُ وَكَذَلِكَ الزَّبِيبُ وَكَذَلِكَ الذَّهَبُ وَالْفِضَّةُ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ كل مَكِيلٍ من ذلك بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا في الْكَيْلِ وَإِنْ تَسَاوَيَا في النَّوْعِ وَالصِّفَةِ بِلَا خِلَافٍ

وَأَمَّا مُتَسَاوِيًا في الْكَيْلِ مُتَفَاضِلًا في النَّوْعِ وَالصِّفَةِ فَنَقُولُ لَا خِلَافَ في أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ بِالْحِنْطَةِ والسقية (((السقية))) بِالسَّقِيَّةِ وَالنَّحْسِيَّةُ بِالنَّحْسِيَّةِ وَإِحْدَاهُمَا بِالْأُخْرَى وَالْجَيِّدَةُ بِالْجَيِّدَةِ وَالرَّدِيئَةُ بِالرَّدِيئَةِ وَإِحْدَاهُمَا بِالْأُخْرَى وَالْجَدِيدَةُ بِالْجَدِيدَةِ وَالْعَتِيقَةُ بِالْعَتِيقَةِ وَإِحْدَاهُمَا بِالْأُخْرَى وَالْمَقْلُوَّةُ بِالْمَقْلُوَّةِ

وَكَذَلِكَ الشَّعِيرُ على هذا وَكَذَلِكَ دَقِيقُ الْحِنْطَةِ وَدَقِيقُ الشَّعِيرِ فَيَجُوزُ بَيْعُ دَقِيقِ

الْحِنْطَةِ بِدَقِيقِ الْحِنْطَةِ وَسَوِيقِ الْحِنْطَةِ بِسَوِيقِ الْحِنْطَةِ وَكَذَا دَقِيقُ الشَّعِيرِ وَسَوِيقُهُ وَكَذَا التَّمْرُ بِالتَّمْرِ الْبَرْنِيُّ بِالْمَعْقِلِيِّ وَالْجَيِّدُ بِالرَّدِيءِ وَالْجَدِيدُ بِالْجَدِيدِ وَالْعَتِيقِ بِالْعَتِيقِ وَأَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ

وَكَذَلِكَ الْعِنَبُ بِالْعِنَبِ وَالزَّبِيبُ الْيَابِسُ بِالزَّبِيبِ الْيَابِسِ وَلَا خِلَافَ في أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ حِنْطَةٍ مَقْلِيَّةٍ بِحِنْطَةٍ غَيْرِ مَقْلِيَّةٍ وَالْمَطْبُوخَةِ بِغَيْرِ المطبوخة (((مطبوخة))) وَبَيْعُ الْحِنْطَةِ بِدَقِيقِ الْحِنْطَةِ وَبِسَوِيقِ الْحِنْطَةِ وَبَيْعُ تَمْرٍ مَطْبُوخٍ بِتَمْرٍ غَيْرِ مَطْبُوخٍ مُتَفَاضِلًا في الْكَيْلِ أو مُتَسَاوِيًا فيه لِأَنَّ الْمَقْلِيَّةَ يَنْضَمُّ بَعْضُ أَجْزَائِهَا إلَى بَعْضٍ يُعْرَفُ ذلك بِالتَّجْرِبَةِ فَيَتَحَقَّقُ الْفَضْلُ من حَيْثُ الْقَدْرُ في الْكَيْلِ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا وَكَذَا الْمَطْبُوخَةُ بِغَيْرِ الْمَطْبُوخَةِ لِأَنَّ الْمَطْبُوخَ يَنْتَفِخُ بِالطَّبْخِ فَكَانَ غَيْرُ الْمَطْبُوخَةِ أَكْثَرَ قَدْرًا عِنْدَ الْعَقْدِ فَيَتَحَقَّقُ الْفَضْلُ

وَكَذَلِكَ بَيْعُ الْحِنْطَةِ بِدَقِيقِ الْحِنْطَةِ لِأَنَّ في الْحِنْطَةِ دَقِيقًا إلَّا أَنَّهُ مُجْتَمِعٌ لِوُجُودِ الْمَانِعِ من التَّفَرُّقِ وهو التَّرْكِيبُ وَذَلِكَ أَكْثَرُ من الدَّقِيقِ الْمُتَفَرِّقِ عُرِفَ ذلك بِالتَّجْرِبَةِ إلَّا أَنَّ الْحِنْطَةَ إذَا طُحِنَتْ ازْدَادَ دَقِيقُهَا على الْمُتَفَرِّقِ وَمَعْلُومٌ أَنَّ الطَّحْنَ لَا أَثَرَ له في زِيَادَةِ الْقَدْرِ فَدَلَّ أَنَّهُ كان أَزْيَدَ في الْحِنْطَةِ فَيَتَحَقَّقُ الْفَضْلُ من حَيْثُ الْقَدْرُ بِالتَّجْرِبَةِ عِنْدَ الْعَقْدِ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا وَأَمَّا بَيْعُ الْحِنْطَةِ الْمَبْلُولَةِ أو النَّدِيَّةِ بِالنَّدِيَّةِ أو الرَّطْبَةِ بِالرَّطْبَةِ أو الْمَبْلُولَةِ بالمبلولة أو الْيَابِسَةِ بِالْيَابِسَةِ وَبَيْعُ التَّمْرِ بِالرُّطَبِ وَالرُّطَبِ بِالرُّطَبِ أو بِالتَّمْرِ وَالْمُنْقَعِ بِالْمُنْقَعِ

وَالْعِنَبِ بِالزَّبِيبِ الْيَابِسِ وَالْيَابِسِ بِالْمُنْقَعِ وَالْمُنْقَعِ بِالْمُنْقَعِ مُتَسَاوِيًا في الْكَيْلِ فَهَلْ يَجُوزُ قال أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ كُلُّ ذلك جَائِزٌ وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ كُلُّهُ جَائِزٌ إلَّا بَيْعُ التَّمْرِ بِالرُّطَبِ وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ كُلُّهُ فَاسِدٌ إلَّا بَيْعُ الرُّطَبِ بِالرُّطَبِ وَالْعِنَبِ بِالْعِنَبِ وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ كُلُّهُ بَاطِلٌ

وَيَجُوزُ بَيْعُ الكفري بِالتَّمْرِ وَالرُّطَبِ بِالْبُسْرِ مُتَسَاوِيًا وَمُتَفَاضِلًا بِالْإِجْمَاعِ لِعَدَمِ الْجِنْسِ وَالْكَيْلِ إذْ هو اسْمٌ لِوِعَاءِ الطَّلْعِ فَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَعْتَبِرُ الْمُسَاوَاةَ في الْحَالِ عِنْدَ الْعَقْدِ وَلَا يَلْتَفِتُ إلَى النُّقْصَانِ في الْمَآلِ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَعْتَبِرُهَا حَالًا وَمَآلًا وَاعْتِبَارُ أبي يُوسُفَ مِثْلُ اعْتِبَارِ أبي حَنِيفَةَ إلَّا في الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ فإنه يُفْسِدُهُ بِالنَّصِّ

وَأَصْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ ما ذَكَرْنَا في مَسْأَلَةِ عِلَّةِ الرِّبَا أَنَّ حُرْمَةَ بَيْعِ الْمَطْعُومِ بِجِنْسِهِ هِيَ الْأَصْلُ وَالتَّسَاوِي في الْمِعْيَارِ الشَّرْعِيِّ مع الْيَدِ مُخَلِّصٌ إلَّا أَنَّهُ يَعْتَبِرُ التَّسَاوِيَ هَهُنَا في الْمِعْيَارِ الشَّرْعِيِّ في أَعْدَلِ الْأَحْوَالِ وَهِيَ حَالَةُ الْجَفَافِ

وَاحْتَجَّ أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ بِمَا رُوِيَ عن سَعْدِ بن أبي وَقَّاصٍ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ نهى عن بَيْعِ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إنَّهُ يَنْقُصُ إذَا جَفَّ

بَيَّنَ عليه السلام الْحُكْمَ وَعِلَّتَهُ وَهِيَ النُّقْصَانُ عِنْدَ الْجَفَافِ فَمُحَمَّدٌ عَدَّى هذا الْحُكْمَ إلَى حَيْثُ تَعَدَّتْ الْعِلَّةُ وأبو يُوسُفَ قَصَرَهُ على مَحِلِّ النَّصِّ لِكَوْنِهِ حُكْمًا ثَبَتَ على خِلَافِ الْقِيَاسِ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ الْكِتَابُ الْكَرِيمُ وَالسُّنَّةُ الْمَشْهُورَةُ أَمَّا الْكِتَابُ فَعُمُومَاتُ الْبَيْعِ من نَحْوِ قَوْله { وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ } وَقَوْلِهِ عز شَأْنُهُ { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عن تَرَاضٍ مِنْكُمْ } فَظَاهِرُ النُّصُوصِ يَقْتَضِي جَوَازَ كل بَيْعٍ إلَّا ما خُصَّ بِدَلِيلٍ وقد خُصَّ الْبَيْعُ مُتَفَاضِلًا على الْمِعْيَارِ الشَّرْعِيِّ فَبَقِيَ الْبَيْعُ مُتَسَاوِيًا على ظَاهِرِ الْعُمُومِ

وَأَمَّا السُّنَّةُ الْمَشْهُورَةُ فَحَدِيثُ أبي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ وَعُبَادَةَ بن الصَّامِتِ رضي اللَّهُ عنهما حَيْثُ جَوَّزَ رسول اللَّهِ بَيْعَ الْحِنْطَةِ بِالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ بِالشَّعِيرِ وَالتَّمْرِ بِالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ عَامًّا مُطْلَقًا من غَيْرِ تَخْصِيصٍ وَتَقْيِيدٍ وَلَا شَكَّ أَنَّ اسْمَ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ يَقَعُ على كل جِنْسِ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ على اخْتِلَافِ أَنْوَاعِهِمَا وَأَوْصَافِهِمَا وَكَذَلِكَ اسْمُ التَّمْرِ يَقَعُ على الرُّطَبِ وَالْبُسْرِ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِتَمْرِ النَّخْلِ لُغَةً فَيَدْخُلُ فيه الرُّطَبُ وَالْيَابِسُ وَالْمُذَنَّبُ وَالْبُسْرُ وَالْمُنْقَعُ

وَرُوِيَ أَنَّ عَامِلَ خَيْبَرَ أَهْدَى إلَى رسول اللَّهِ تمر أجنبيا فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أو كل تَمْرِ خَيْبَرَ هَكَذَا

وكان أَهْدَى إلَيْهِ رُطَبًا فَقَدْ أَطْلَقَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اسْمَ التَّمْرِ على الرُّطَبِ

وروى أَنَّهُ نهى عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عن بيعه (((بيع))) التَّمْرِ حتى يَزْهُوَ أَيْ يَحْمَرَّ أو يَصْفَرَّ

وروى حتى يَحْمَارَّ أو يَصْفَارَّ والأحمرار والإصفرار من أَوْصَافِ الْبُسْرِ فَقَدْ أَطْلَقَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اسْمَ التَّمْرِ على الْبُسْرِ فَيَدْخُلُ تَحْتَ النَّصِّ

وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَمَدَارُهُ على زَيْدِ بن عَيَّاشٍ وهو ضَعِيفٌ عِنْدَ النَّقَلَةِ فَلَا يُقْبَلُ في مُعَارَضَةِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ الْمَشْهُورَةِ وَلِهَذَا لم يَقْبَلْهُ أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ في الْمُنَاظَرَةِ في مُعَارَضَةِ الحديث الْمَشْهُورِ مع أَنَّهُ كان من صَيَارِفَةِ الحديث وكان من مَذْهَبِهِ تَقْدِيمُ الْخَبَرِ وَإِنْ كان في حَدِّ الْآحَادِ على الْقِيَاسِ بَعْدَ أَنْ كان رَاوِيهِ عَدْلًا ظَاهِرَ الْعَدَالَةِ أو بِأَدِلَّةٍ فَيَحْمِلُهُ على بَيْعِ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ نَسِيئَةً أو تَمْرًا من مَالِ الْيَتِيمِ تَوْفِيقًا بين الدَّلَائِلِ صِيَانَةً لها عن التَّنَاقُضِ وَاللَّهُ

سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَكَذَلِكَ الذَّهَبُ وَالْفِضَّةُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ كُلٍّ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا في الْوَزْنِ سَوَاءٌ اتَّفَقَا في النَّوْعِ وَالصِّفَةِ بِأَنْ كَانَا مَضْرُوبَيْنِ دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ أو مَصُوغَيْنِ أو تِبْرَيْنِ جَيِّدَيْنِ أو رَدِيئَيْنِ أو اخْتَلَفَا لِلْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ مِثْلًا بِمِثْلٍ وَالْفَضْلُ

(5/188)

رِبًا وَأَمَّا مُتَسَاوِيًا في الْوَزْنِ مُتَفَاضِلًا في النَّوْعِ وَالصِّفَةِ كَالْمَصُوغِ بِالتِّبْرِ وَالْجَيِّدِ بِالرَّدِيءِ فَيَجُوزُ عِنْدَنَا
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْجَيِّدِ بِالرَّدِيءِ وَاحْتَجَّ بِالْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ مِثْلًا بِمِثْلٍ وَلَا مُمَاثَلَةَ بين الْجَيِّدِ وَالرَّدِيءِ في الْقِيمَةِ
وَأَمَّا الْحَدِيثُ الْمَشْهُورُ مِثْلًا بِمِثْلٍ فَالْمُرَادُ منه الْمُمَاثَلَةُ في الْوَزْنِ وَكَذَا رُوِيَ في بَعْضِ الرِّوَايَاتِ وَزْنًا بِوَزْنٍ وَقَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْجَوْدَةَ عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ بِجِنْسِهَا لَا قِيمَةَ لها شَرْعًا فَلَا يَظْهَرُ الْفَضْلُ وَاللُّحُومُ مُعْتَبَرَةٌ بِأُصُولِهَا فَإِنْ تَجَانَسَ الْأَصْلَانِ تَجَانَسَ اللَّحْمَانِ فَتُرَاعَى فيه الْمُمَاثَلَةُ وَلَا يَجُوزُ إلَّا مُتَسَاوِيًا
وَإِنْ اخْتَلَفَ الإصلان اخْتَلَفَ اللَّحْمَانِ فَيَجُوزُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ مُتَسَاوِيًا وَمُتَفَاضِلًا بَعْدَ أَنْ يَكُونَ يَدًا بِيَدٍ وَلَا يَجُوزُ نَسِيئَةً لِوُجُودِ أَحَدِ وَصْفَيْ عِلَّةِ رِبَا الْفَضْلِ وهو الْوَزْنُ
إذَا عُرِفَ هذا فَنَقُولُ لُحُومُ الْإِبِلِ كُلِّهَا على اخْتِلَافِ أَنْوَاعِهَا من لُحُومِ الْعِرَابِ وَالْبَخَاتِيِّ وَالْهَجِينِ وَذِي السَّنَامَيْنِ وَذِي سَنَامٍ وَاحِدٍ جِنْسٌ وَاحِدٌ لِأَنَّ الْإِبِلَ كُلَّهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ فَكَذَا لُحُومُهَا
وَكَذَا لُحُومُ الْبَقَرِ وَالْجَوَامِيسِ كُلُّهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ وَلُحُومُ الْغَنَمِ من الضَّأْنِ وَالنَّعْجَةِ وَالْمَعْزِ وَالتَّيْسِ جِنْسٌ وَاحِدٌ اعْتِبَارًا بِالْأُصُولِ وَهَذَا عِنْدَنَا وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ اللُّحُومُ كُلُّهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ اتَّحَدَتْ أُصُولُهَا أو اخْتَلَفَتْ حتى لَا يَجُوزَ بَيْعُ لَحْمِ الْإِبِلِ بِالْبَقَرِ وَالْبَقَرِ بِالْغَنَمِ مُتَفَاضِلًا
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ اللَّحْمَيْنِ اسْتَوَيَا اسْمًا وَمَنْفَعَةً وَهِيَ التَّغَذِّي وَالتَّقَوِّي فَاتَّحَدَ الْجِنْسُ فَلَزِمَ اعْتِبَارُ الْمُمَاثَلَةِ في بَيْعِ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ
وَلَنَا أَنَّ أُصُولَ هذه اللُّحُومِ مُخْتَلِفَةُ الْجِنْسِ فَكَذَا اللُّحُومُ لِأَنَّهَا فُرُوعُ تِلْكَ الْأُصُولِ وَاخْتِلَافُ الْأَصْلِ يُوجِبُ اخْتِلَافَ الْفَرْعِ قَوْلُهُ الِاسْمُ شَامِلٌ وَالْمَقْصُودُ مُتَّحِدٌ قُلْنَا الْمُعْتَبَرُ في اتِّحَادِ الْجِنْسِ اتِّحَادُ الْمَقْصُودِ الْخَاصِّ لَا الْعَامِّ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَطْعُومَاتِ كُلَّهَا في مَعْنَى الطَّعْمِ مُتَّحِدَةٌ ثُمَّ لَا يُجْعَلُ كُلُّهَا جِنْسًا وَاحِدًا كَالْحِنْطَةِ مع الشَّعِيرِ وَنَحْوِ ذلك حتى يَجُوزَ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ مُتَفَاضِلًا مع اتِّحَادِهِمَا في مَعْنَى الطَّعْمِ لَكِنْ لَمَّا كان ذلك مَعْنًى عالم (((عاما))) يُوجِبْ اتِّحَادَ الْجِنْسِ كَذَا هذا
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ الطَّيْرِ بَعْضُهُ بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلًا وَإِنْ كَانَا من جِنْسٍ وَاحِدٍ لِأَنَّهُ لَا يُوزَنُ عَادَةً وَعَلَى هذا الْبَابِ هذه الْحَيَوَانَاتِ حُكْمُهَا حُكْمُ أُصُولِهَا عِنْدَ الِاتِّحَادِ وَالِاخْتِلَافِ لِأَنَّهَا مُتَفَرِّعَةٌ من الْأُصُولِ فَكَانَتْ مُعْتَبَرَةً بِأُصُولِهَا وَكَذَا خَلُّ الدَّقَلِ مع خَلِّ الْعِنَبِ جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ اعْتِبَارًا بِأَصْلِهِمَا
وَاللَّحْمُ مع الشَّحْمِ جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ لِاخْتِلَافِ الِاسْمِ وَالْمَنَافِعِ وَكَذَا مع الإلية
والإلية مع الشَّحْمِ جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ لِمَا قُلْنَا

وَشَحْمُ الْبَطْنِ مع شَحْمِ الظَّهْرِ جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ وَكَذَا مع الإلية بِمَنْزِلَةِ اللَّحْمِ مع شَحْمِ الْبَطْنِ والإلية لِأَنَّهُ لَحْمٌ سَمِينٌ وَصُوفُ الشَّاةِ مع شَعْرِ الْمَعْزِ جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ لِاخْتِلَافِ الِاسْمِ وَالْمَنْفَعَةِ وَكَذَا غَزْلُ الصُّوفِ مع غَزْلِ الشَّعْرِ وَالْقُطْنِ مع الْكَتَّانِ جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ وَكَذَا غَزْلُ الْقُطْنِ مع غَزْلِ الْكَتَّانِ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ غَزْلِ الْقُطْنِ بِالْقُطْنِ مُتَسَاوِيًا لِأَنَّ الْقُطْنَ يَنْقُصُ بِالْغَزْلِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ كَبَيْعِ الدَّقِيقِ بِالْحِنْطَةِ

وَأَمَّا الْحَيَوَانُ مع اللَّحْمِ فَإِنْ اخْتَلَفَ الْأَصْلَانِ فَهُمَا جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ كَالشَّاةِ الْحَيَّةِ مع لَحْمِ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ فَيَجُوزُ بَيْعُ الْبَعْضِ بِالْبَعْضِ مُجَازَفَةً نَقْدًا وَنَسِيئَةً لِانْعِدَامِ الْوَزْنِ وَالْجِنْسِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا أَصْلًا وَإِنْ اتَّفَقَا كَالشَّاةِ الْحَيَّةِ مع لَحْمِ الشَّاةِ من مَشَايِخِنَا من اعْتَبَرَهُمَا جِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ وَبَنَوْا عليه جَوَازَ بَيْعِ لَحْمِ الشَّاةِ بِالشَّاةِ الْحَيَّةِ مُجَازَفَةً عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعَلَّلُوا لَهُمَا بِأَنَّهُ بَاعَ الْجِنْسَ بِخِلَافِ الْجِنْسِ

وَمِنْهُمْ من اعْتَبَرَهُمَا جِنْسًا وَاحِدًا وَبَنَوْا مَذْهَبَهُمَا على أَنَّ الشَّاةَ لَيْسَتْ بِمَوْزُونَةٍ وَجَرَيَانُ رِبَا الْفَضْلِ يَعْتَمِدُ اجْتِمَاعَ الْوَصْفَيْنِ الْجِنْسِ مع الْقَدْرِ فَيَجُوزُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ مُجَازَفَةً وَمُفَاضَلَةً بَعْدَ أَنْ يَكُونَ يَدًا بِيَدٍ وهو الصَّحِيحُ على ما عُرِفَ في الْخِلَافِيَّاتِ

وقال مُحَمَّدٌ لَا يَجُوزُ إلَّا على وَجْهِ الِاعْتِبَارِ على أَنْ يَكُونَ وَزْنُ اللَّحْمِ الْخَالِصِ أَكْثَرَ من اللَّحْمِ الذي في الشَّاةِ الْحَيَّةِ بِالْحَزْرِ وَالظَّنِّ فَيَكُونُ اللَّحْمُ بِإِزَاءِ اللَّحْمِ وَالزِّيَادَةُ بِإِزَاءِ إخلاف (((خلاف))) الْجِنْسِ من الْأَطْرَافِ وَالسَّقَطِ من الرَّأْسِ وَالْأَكَارِعِ وَالْجِلْدِ وَالشَّحْمِ فَإِنْ كان اللَّحْمُ الْخَالِصُ مِثْلَ قَدْرِ اللَّحْمِ الذي في الشَّاةِ الْحَيَّةِ أو أَقَلَّ أو لَا يدري لَا يَجُوزُ

وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا بَاعَ الشَّاةَ الْحَيَّةَ بِشَحْمِ الشَّاةِ أو بإليتها وَهَذَا مَذْهَبُ أَصْحَابِنَا

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ اللُّحُومُ كُلُّهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ كَيْفَ ما كان سَوَاءٌ اتَّفَقَ الْأَصْلَانِ أو اخْتَلَفَا بَاعَ مُجَازَفَةً أو على طَرِيقِ الِاعْتِبَارِ

وَأَجْمَعُوا على أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الشَّاةِ بِلَحْمِ الشَّاةِ نَسِيئَةً لِوُجُودِ الْجِنْسِ الْمُحَرِّمِ لِلنَّسَاءِ لِأَنَّ اللَّحْمَ الْخَالِصَ من جِنْسِ اللَّحْمِ الذي في الشَّاةِ

وَأَجْمَعُوا على أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ دُهْنِ السِّمْسِمِ بِالسِّمْسِمِ إلَّا على طَرِيقِ الِاعْتِبَارِ وهو أَنْ يَكُونَ الدُّهْنُ الْخَالِصُ أَكْثَرَ من الدُّهْنِ الذي في السِّمْسِمِ حتى يَكُونَ الدُّهْنُ بِإِزَاءِ الدُّهْنِ وَالزَّائِدُ بِإِزَاءِ خِلَافِ جِنْسِهِ وهو الْكُسْبُ وَكَذَلِكَ دُهْنُ الْجَوْزِ بِلُبِّ الْجَوْزِ

وَأَمَّا دُهْنُ الْجَوْزِ بِالْجَوْزِ فَقَدْ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فيه قال بَعْضُهُمْ يَجُوزُ مُجَازَفَةً وقال بَعْضُهُمْ لَا يَجُوزُ إلَّا على طَرِيقِ الِاعْتِبَارِ وَأَجْمَعُوا على أَنَّ بَيْعَ النِّصَالِ بِالْحَدِيدِ غَيْرِ الْمَصْنُوعِ جَائِزٌ مُجَازَفَةً بَعْدَ أَنْ يَكُونَ يَدًا بِيَدٍ

أَمَّا الْكَلَامُ مع الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَهُوَ بَنَى مَذْهَبَهُ على أَصْلٍ له ذَكَرْنَاهُ غير مَرَّةٍ وهو أَنَّ حُرْمَةَ بَيْعِ مَأْكُولٍ بِجِنْسِهِ هو الْعَزِيمَةُ وَالْجَوَازُ عِنْدَ التَّسَاوِي في

الْمِعْيَارِ الشَّرْعِيِّ رُخْصَةٌ وَلَا يُعْرَفُ التَّسَاوِي بين اللَّحْمِ الْخَالِصِ وَبَيْنَ اللَّحْمِ الذي في الشَّاةِ فَيَبْقَى على أَصْلِ الْحُرْمَةِ وقد أَبْطَلْنَا هذا الْأَصْلَ في عِلَّةِ الرِّبَا

وَأَمَّا الْكَلَامُ مع أَصْحَابِنَا فَوَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ في تَجْوِيزِ الْمُجَازَفَةِ هَهُنَا احْتِمَالُ الرِّبَا فَوَجَبَ التَّحَرُّزُ عنه ما أَمْكَنَ وَأَمْكَنَ بِمُرَاعَاةِ طَرِيقِ الِاعْتِبَارِ فَلَزِمَ مُرَاعَاتُهُ قِيَاسًا على بَيْعِ الدُّهْنِ بِالسِّمْسِمِ وَالدَّلِيلُ على أَنَّ فيه الرِّبَا أَنَّ اللَّحْمَ مَوْزُونٌ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ اللَّحْمُ الْمَنْزُوعُ أَقَلَّ من اللَّحْمِ الذي في الشَّاةِ وَزْنًا فَيَكُونَ شَيْءٌ من اللَّحْمِ مع السَّقَطِ زِيَادَةً وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مثله في الْوَزْنِ فَيَكُونَ السَّقَطُ زِيَادَةً فَوَجَبَ مُرَاعَاةُ طَرِيقِ الِاعْتِبَارِ تَحَرُّزًا عن الرِّبَا عِنْدَ الْإِمْكَانِ وَلِهَذَا لم يَجُزْ بَيْعُ الدُّهْنِ بِالسِّمْسِمِ وَالزَّيْتِ بِالزَّيْتُونِ إلَّا على طَرِيقِ الِاعْتِبَارِ كَذَا هذا
وَلِهَذَا قُلْنَا أن هذا بَيْعُ الْمَوْزُونِ بِمَا ليس بِمَوْزُونٍ يَدًا بِيَدٍ فَيَجُوزُ مُجَازَفَةً وَمُفَاضَلَةً اسْتِدْلَالًا بِبَيْعِ الْحَدِيدِ الْغَيْرِ الْمَصْنُوعِ بِالنِّصَالِ مُجَازَفَةً ومفاضلة يَدًا بِيَدٍ وَدَلَالَةُ الْوَصْفِ أَنَّ اللَّحْمَ الْمَنْزُوعَ وَإِنْ كان مَوْزُونًا فَاللَّحْمُ الذي في الشَّاةِ ليس بِمَوْزُونٍ لِأَنَّ الْمَوْزُونَ ماله طَرِيقٌ إلَى مَعْرِفَةِ مِقْدَارِ ثِقْلِهِ وَلَا طَرِيقَ إلَى مَعْرِفَةِ ثِقْلِ اللَّحْمِ الذي في الشَّاةِ لِأَنَّ الطَّرِيقَ إمَّا أَنْ يَكُونَ الْوَزْنُ بِالْقَبَّانِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الِاسْتِدْلَال بِالتَّجْرِبَةِ
وأما أَنْ يَكُونَ بِالْحَزْرِ وَالتَّخْمِينِ من غَيْرِ تَفَاوُتٍ فَاحِشٍ وَشَيْءٌ من ذلك لَا يَصْلُحُ طَرِيقًا لِمَعْرِفَةِ مِقْدَارِ اللَّحْمِ الذي في الشَّاةِ
أَمَّا الْوَزْنُ بِالْقَبَّانِ فَلِأَنَّ الشَّاةَ لَا تُوزَنُ بِالْقَبَّانِ عُرْفًا وَلَا عَادَةً وَلَوْ صَلَحَ الْوَزْنُ طَرِيقًا لِوَزْنٍ لِأَنَّ إمْكَانَ الْوَزْنِ ثَابِتٌ وَالْحَاجَةَ إلَى مَعْرِفَةِ مِقْدَارِ اللَّحْمِ الذي فيها مَاسَّةٌ حتى يَتَعَرَّفَ الْمُشْتَرِي ذلك بِالْجَسِّ وَالْمَسِّ بِالْيَدِ وَالرَّفْعِ من الْأَرْضِ وَنَحْوِ ذلك وَلِأَنَّ الْحَيَّ يَثْقُلُ بِنَفْسِهِ مَرَّةً وَيَخِفُّ أُخْرَى فَيَخْتَلِفُ وَزْنُهُ فَدَلَّ أَنَّ الْوَزْنَ لَا يَصْلُحُ طَرِيقَ الْمَعْرِفَةِ
وَأَمَّا التَّجْرِبَةُ فإن ذلك بِالذَّبْحِ وَوَزْنُ الْمَذْبُوحِ لِيُعْرَفَ اللَّحْمُ الذي كان فيها عِنْدَ الْعَقْدِ بِطَرِيقِ الظُّهُورِ لَا يُمْكِنُ لِأَنَّ الشَّاةَ تَحْتَمِلُ الزِّيَادَةَ وَالنُّقْصَانَ وَالسِّمَنَ وَالْهُزَالَ سَاعَةً فَسَاعَةً فَلَا يُعْرَفُ بِهِ مِقْدَارُ ثِقْلِهِ حَالَةَ الْعَقْدِ بِالتَّجْرِبَةِ
وَأَمَّا الْحَزْرُ وَالظَّنُّ فإنه لَا حَزْرَ لِمَنْ لَا بَصَارَةَ له في هذا الْبَابِ بَلْ يخطىء ((يخطئ)) لَا مَحَالَةَ وَمَنْ له بَصَارَةٌ يَغْلَطُ أَيْضًا ظَاهِرًا وَغَالِبًا
وَيَظْهَرُ تَفَاوُتٌ فَاحِشٌ فَدَلَّ أَنَّهُ لَا طَرِيقَ لِمَعْرِفَةِ اللَّحْمِ الذي في الشَّاةِ الْحَيَّةِ فلم يَكُنْ موزنا ((موزونا)) فَلَا يَكُونُ مَحَلًّا لِرِبَا الْفَضْلِ بِخِلَافِ بَيْعِ دُهْنِ السِّمْسِمِ بِالسِّمْسِمِ لِأَنَّ ذلك بَيْعُ الْمَوْزُونِ بِالْمَوْزُونِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ مِقْدَارِ الدُّهْنِ في السِّمْسِمِ بِالتَّجْرِبَةِ بِأَنْ يُوزَنَ قَدْرٌ من السِّمْسِمِ فَيُسْتَخْرَجَ دُهْنُهُ فَيَظْهَرَ وَزْنُ دُهْنِهِ الذي في الْجُمْلَةِ بِالْقِيَاسِ عليه أو يَعْصِرَ الْجُمْلَةَ فَيَظْهَرَ قَدْرُ الدُّهْنِ الذي كان فيها حَالَةَ الْعَقْدِ أو يُعْرَفَ بِالْحَزْرِ وَالتَّخْمِينِ أَنَّهُ كَمْ يَخْرُجُ من الدُّهْنِ من هذا الْقَدْرِ من غَيْرِ تَفَاوُتٍ فَاحِشٍ يُلْحِقُ الضَّرَرَ بِأَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ فَكَانَ ذلك بَيْعَ الْمَوْزُونِ بِالْمَوْزُونِ مُجَازَفَةً فلم يَجُزْ لِاحْتِمَالِ الرِّبَا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
لَا وَلَوْ بَاعَ شَاةً مَذْبُوحَةً غير مَسْلُوخَةٍ بِلَحْمِ شَاةٍ لَا يَجُوزُ إلَّا على طَرِيقِ الِاعْتِبَارِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ اللَّحْمَ الذي في الشَّاةِ الْمَذْبُوحَةِ مَوْزُونٌ فَقَدْ بَاعَ الْمَوْزُونَ بِجِنْسِهِ وَبِخِلَافِ جِنْسِهِ فَيُرَاعَى فيه طَرِيقُ الِاعْتِبَارِ بِخِلَافِ اللَّحْمِ الذي في الشَّاةِ الْحَيَّةِ فإنه غَيْرُ مَوْزُونٍ لِمَا قُلْنَا فلم يَتَحَقَّقْ الرِّبَا فَجَازَتْ الْمُجَازَفَةُ فيه
وَلَوْ بَاعَ شَاةً حَيَّةً بِشَاةٍ مَذْبُوحَةٍ غَيْرِ مَسْلُوخَةٍ مُجَازَفَةً جَازَ بِالْإِجْمَاعِ

أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ لِأَنَّهُ بَاعَ الْمَوْزُونَ بِمَا ليس بِمَوْزُونٍ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا كما لو بَاعَ شَاةً حَيَّةً بِلَحْمِ الشَّاةِ
وَأَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَلِأَنَّ اللَّحْمَ يُقَابِلُ اللَّحْمَ وَزِيَادَةُ اللَّحْمِ في إحْدَاهُمَا مع سَقَطِهَا يَكُونُ بِمُقَابَلَةِ سَقَطِ الْأُخْرَى فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا
وَكَذَلِكَ لو بَاعَ شَاتَيْنِ حَيَّتَيْنِ بِشَاةٍ وَاحِدَةٍ مَذْبُوحَةٍ غَيْرِ مَسْلُوخَةٍ جَازَ بِالْإِجْمَاعِ على اخْتِلَافِ الْأَصْلَيْنِ وَلَوْ بَاعَ شَاتَيْنِ مَذْبُوحَتَيْنِ غَيْرِ مَسْلُوخَتَيْنِ بِشَاةٍ وَاحِدَةٍ مَذْبُوحَةٍ غَيْرِ مَسْلُوخَةٍ يَجُوزُ وَيَكُونُ اللَّحْمُ بِمُقَابَلَةِ اللَّحْمِ وَزِيَادَةُ اللَّحْمِ في أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ مع السَّقَطِ يَكُونُ بِمُقَابَلَةِ سَقَطِ

(5/190)

الْأُخْرَى
وَلَوْ بَاعَ شَاتَيْنِ مَذْبُوحَتَيْنِ مسلوختين بِشَاةٍ وَاحِدَةٍ مَذْبُوحَةٍ غَيْرِ مَسْلُوخَةٍ يَجُوزُ وَيُقَابَلُ اللَّحْمُ بِاللَّحْمِ وَمُقَابَلَةُ اللَّحْمِ من الْمَسْلُوخَتَيْنِ بِمُقَابَلَةِ سَقَطِ الْأُخْرَى
وَلَوْ بَاعَ شَاتَيْنِ مَذْبُوحَتَيْنِ غير مَسْلُوخَتَيْنِ بِشَاةٍ مَذْبُوحَةٍ مَسْلُوخَةٍ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ زِيَادَةَ اللَّحْمِ من غَيْرِ الْمَسْلُوخَتَيْنِ مع السَّقَطِ لَا يُقَابِلُهُ عِوَضٌ فَيَكُونُ رِبًا وَلَوْ بَاعَ شَاتَيْنِ مَسْلُوخَتَيْنِ بِشَاةٍ مَسْلُوخَةٍ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُمَا مَالَانِ جَمَعَهُمَا الْوَزْنُ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ مُفَاضَلَةً وَمُجَازَفَةً حتى لو كَانَا مُسْتَوِيَيْنِ في الْوَزْنِ يَجُوزُ يَدًا بِيَدٍ
وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الزَّيْتِ بِالزَّيْتُونِ وَدُهْنِ الْكَتَّانِ بِالْكَتَّانِ وَالْعَصِيرِ بِالْعِنَبِ وَالسَّمْنِ بِلَبَنٍ فيه سَمْنٌ وَالصُّوفِ بِشَاةٍ على ظَهْرِهَا صُوفٌ وَاللَّبَنِ بِحَيَوَانٍ في ضَرْعِهِ لَبَنٌ من جِنْسِهِ وَالتَّمْرِ بِأَرْضٍ وَنَخْلٍ عليه تَمْرٌ وَالْحِنْطَةِ بِأَرْضٍ فيها زَرْعٌ قد أَدْرَكَ وَنَحْوِ ذلك من أَمْوَالِ الرِّبَا حتى يَكُونَ الْمُفْرَدُ أَكْثَرَ من الْمَجْمُوعِ لِيَكُونَ الْمِثْلُ بِالْمِثْلِ وَالزِّيَادَةُ بِمقابله خِلَافِ الْجِنْسِ وَسَنَذْكُرُ أَجْنَاسَ هذه الْمَسَائِلِ في مَوَاضِعِهَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
هذا إذَا قُوبِلَ بَدَلٌ من جِنْسٍ بِبَدَلٍ من جِنْسِهِ أو بِبَدَلَيْنِ من جِنْسِهِ أو من خِلَافِ جِنْسِهِ فَأَمَّا إذَا قُوبِلَ أَبْدَالٌ من جِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ بِأَبْدَالٍ من جِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ فَإِنْ كان من غَيْرِ أَمْوَالِ الرِّبَا فَلَا شَكَّ أَنَّهُ يَجُوزُ
وَتُقْسَمُ الْأَبْدَالُ من أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ بِالْأَبْدَالِ من الْجَانِبِ الْآخَرِ قِسْمَةَ تَوْزِيعٍ وَإِشَاعَةٍ من حَيْثُ التَّقْوِيمِ وَإِنْ كان من أَمْوَالِ الرِّبَا فَيَجُوزُ أَيْضًا عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَيُصْرَفُ الْجِنْسُ إلَى خِلَافِ الْجِنْسِ فَيُقَسَّمُ قِسْمَةَ تَصْحِيحٍ لَا قِسْمَةَ إشَاعَةٍ وَتَوْزِيعٍ وَعِنْدَ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ لَا يَجُوزُ وَيُقْسَمُ قِسْمَةَ تَوْزِيعٍ وَإِشَاعَةٍ من حَيْثُ الْقِيمَةُ كما في غَيْرِ أَمْوَالِ الرِّبَا
وَبَيَانُ ذلك في مَسَائِلَ إذَا بَاعَ كُرَّ حِنْطَةٍ وَكُرَّ شَعِيرٍ بِكُرَّيْ حِنْطَةٍ وَكُرَّيْ شَعِيرٍ جَازَ عِنْدَ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ وَتُصْرَفُ الْحِنْطَةُ إلَى الشَّعِيرِ وَالشَّعِيرُ إلَى الْحِنْطَةِ وَعِنْدَهُمَا لَا يَجُوزُ وَكَذَلِكَ إذَا بَاعَ دِرْهَمًا وَدِينَارًا بِدِرْهَمَيْنِ وَدِينَارَيْنِ ويصرف (((يصرف))) الدِّرْهَمُ إلَى الدِّينَارَيْنِ وَالدِّينَارُ إلَى الدِّرْهَمَيْنِ
وَجْهُ قَوْلِ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ أَنَّ هذا بَيْعُ رِبًا فَلَا يَجُوزُ كَبَيْعِ الدِّرْهَمِ بِالدِّرْهَمَيْنِ وَالدِّينَارِ بِالدِّينَارَيْنِ وَدَلَالَةُ الْوَصْفِ أَنَّهُ قَابَلَ الْجُمْلَةَ بِالْجُمْلَةِ مُطْلَقًا وَمُطْلَقُ مُقَابَلَةِ الْجُمْلَةِ بِالْجُمْلَةِ يَقْتَضِي انْقِسَامَ كل بَدَلٍ من أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ بِجَمِيعِ الْأَبْدَالِ من الْجَانِبِ الْآخَرِ على سَبِيلِ الشُّيُوعِ من حَيْثُ الْقِيمَةُ إذَا كانت

الْأَبْدَالُ مُخْتَلِفَةَ الْقِيَمِ اسْتِدْلَالًا بِسَائِرِ الْبِيَاعَاتِ في غَيْرِ أَمْوَالِ الرِّبَا فإنه إذَا بَاعَ عَبْدًا وَجَارِيَةً بِفَرَسٍ وَثَوْبٍ وَقِيمَتُهُمَا مُخْتَلِفَةٌ يُقَسَّمُ الْعَبْدُ على قِيمَةِ الْفَرَسِ وَالثَّوْبِ
وَكَذَا الْجَارِيَةُ حتى لو وُجِدَ بِوَاحِدٍ من الْجُمْلَةِ عَيْبًا يَرُدُّهُ بِحِصَّتِهِ من الْبَدَلَيْنِ وَكَذَا لو اُسْتُحِقَّ وَاحِدٌ مِنْهُمَا يَرُدُّهُ بِحِصَّتِهِ من الْبَدَلَيْنِ على الْبَائِعِ وَكَذَا لو كان أَحَدُ الْبَدَلَيْنِ دَارًا فَالشَّفِيعُ يَأْخُذُهَا بِحِصَّتِهَا من الْبَدَلَيْنِ فَكَانَ التَّقْسِيمُ على الْوَجْهِ الذي قُلْنَا هو الْمُوجَبُ الْأَصْلِيُّ في الْبِيَاعَاتِ كُلِّهَا وَالِانْقِسَامُ على هذا الْوَجْهِ في أَمْوَالِ الرِّبَا يُحَقِّقُ الرِّبَا لِأَنَّهُ يَصِيرُ بَائِعًا كُرَّ حِنْطَةٍ وَكُرَّيْ شَعِيرٍ بِكُرَّيْ شَعِيرٍ وَبِكُرِّ حِنْطَةٍ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا على أَنَّهُ إنْ لم يَتَحَقَّقْ الرِّبَا فَفِيهِ احْتِمَالُ الرِّبَا وَأَنَّهُ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ كَبَيْعِ الصُّبْرَةِ بِالصُّبْرَةِ مُجَازَفَةً
وَلَنَا عُمُومَاتُ الْبَيْعِ من غَيْرِ فَصْلٍ فَمَنْ ادَّعَى التَّخْصِيصَ فَعَلَيْهِ الدَّلِيلُ وَلِأَنَّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ أَطْلَقَا مُقَابَلَةَ الْجُمْلَةِ بِالْجُمْلَةِ وَالْمُطْلَقُ يَتَعَرَّضُ لِلذَّاتِ لَا لِلصِّفَاتِ وَالْجِهَاتِ فَلَا يَكُونُ مُقَابَلَةَ الْجِنْسِ بِالْجِنْسِ عَيْنًا وَلَا مُقَابَلَةُ الْجِنْسِ بِخِلَافِ الْجِنْسِ عَيْنًا فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا لِأَنَّهُ اسْمٌ لِفَضْلِ مَالٍ في مُقَابَلَةِ الْجِنْسِ بِالْجِنْسِ عَيْنًا ولم يُوجَدْ أو نَقُولُ مُطْلَقُ الْمُقَابَلَةِ تَحْتَمِلُ مُقَابَلَةَ الْجِنْسِ بِالْجِنْسِ على سَبِيلِ الشُّيُوعِ من حَيْثُ الْقِيمَةُ كما قُلْتُمْ وَتُحْتَمَلُ مُقَابَلَةَ الْجِنْسِ بِخِلَافِ الْجِنْسِ لِأَنَّ كُلَّ ذلك مُقَابَلَةُ الْجُمْلَةِ بِالْجُمْلَةِ إلَّا أَنَّا لو حَمَلْنَاهُ على الْأَوَّلِ يُفْسِدُ الْعَقْدَ وَلَوْ حَمَلْنَاهُ على الثَّانِي لَصَحَّ فَالْحَمْلُ على ما فيه الصِّحَّةُ أَوْلَى
وَقَوْلُهُ مُوجَبُ الْبَيْعِ الْمُطْلَقِ الْمُشْتَمِلِ على إبدال من الْجَانِبَيْنِ انْقِسَامُ كل بَدَلٍ من أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ على جَمِيعِ الْأَبْدَالِ من الْجَانِبِ الْآخَرِ على الشُّيُوعِ من حَيْثُ التَّقْوِيمِ قُلْنَا مَمْنُوعٌ لِأَنَّ هذا مُوجَبُ الْعَقْدِ الْمُطْلَقِ في مَوْضِعٍ في مَسَائِلِ الْبِيَاعَاتِ في غَيْرِ أَمْوَالِ الرِّبَا ما ثَبَتَ الِانْقِسَامُ مُوجَبًا له بَلْ بِحُكْمِ الْمُعَاوَضَةِ وَالْمُسَاوَاةِ في الْأَبْدَالِ لِأَنَّهُمَا لَمَّا أَطْلَقَا الْبَيْعَ وهو يَشْتَمِلُ على أَبْدَالٍ من الْجَانِبَيْنِ من غَيْرِ تَعْيِينِ مُقَابَلَةِ الْبَعْضِ بِالْبَعْضِ وَلَيْسَ الْبَعْضُ بِأَوْلَى من الْبَعْضِ في التَّعْيِينِ فَلَزِمَ الْقَوْلُ بِالْإِشَاعَةِ وَالتَّقْسِيمِ من حَيْثُ الْقِيمَةُ حُكْمًا لِلْمُعَاوَضَةِ وَالْمُسَاوَاةِ وَعِنْدَ تَحَقُّقِ الضَّرُورَةِ وَهِيَ ضَرُورَةُ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ بِالْإِشَاعَةِ وَالرُّجُوعِ عِنْدَ الِاسْتِحْقَاقِ وَنَحْوِ ذلك فَلَا يَثْبُتُ الِانْقِسَامُ عِنْدَ الْقِيمَةِ قبل تَحَقُّقِ الضَّرُورَةِ على

ما عُرِفَ
وَقَوْلُهُ فيه احْتِمَالُ الرِّبَا
قُلْنَا احْتِمَالُ الرِّبَا هَهُنَا يُوجِبُ فَسَادَ الْعَقْدِ عِنْدَ مُقَابَلَةِ الْجِنْسِ بِالْجِنْسِ عَيْنًا كما في بَيْعِ الصُّبْرَةِ بِالصُّبْرَةِ لَا على الْإِطْلَاقِ لِأَنَّ عِنْدَ مُقَابَلَةِ الْجِنْسِ بِالْجِنْسِ يَلْزَمُ رِعَايَةُ الْمُمَاثَلَةِ الْمَشْرُوطَةِ ولم تُوجَدْ هَهُنَا فَلَا تُوجِبُ الْفَسَادَ وَعَلَى هذا إذَا بَاعَ دِينَارًا وَدِرْهَمَيْنِ بِدِرْهَمَيْنِ وَدِينَارَيْنِ أَنَّهُ يَجُوزُ عِنْدَنَا وَيَكُونُ الدِّينَارُ بِالدِّرْهَمَيْنِ وَالدِّرْهَمَانِ بِالدِّينَارَيْنِ
وَكَذَا إذَا بَاعَ دِرْهَمَيْنِ وَدِينَارًا بِدِينَارَيْنِ وَدِرْهَمٍ يَجُوزُ عِنْدَنَا بِأَنْ يُجْعَلَ الدِّرْهَمَانِ بِالدِّينَارَيْنِ وَالدِّينَارُ بِالدِّرْهَمِ وَكَذَا إذَا بَاعَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ بِخَمْسَةِ دَرَاهِمَ وَدِينَارٍ أَنَّهُ جَائِزٌ عِنْدَنَا وَتَكُونُ الْخَمْسَةُ بِمُقَابَلَةِ الْخَمْسَةِ وَالْخَمْسَةُ الْأُخْرَى بِمُقَابَلَةِ

الدِّينَارِ وَكَذَلِكَ إذَا بَاعَ أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَدِينَارٍ جَازَ عِنْدَنَا وَكَانَتْ الْعَشَرَةُ بِمِثْلِهَا وَدِينَارٌ بِدِرْهَمٍ
وَكَذَلِكَ قال أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ أنه إذَا بَاعَ مِائَةَ دِرْهَمٍ وَدِينَارٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ يَجُوزُ وَلَا بَأْسَ بِهِ وَتَكُونُ الْمِائَةُ بِمُقَابَلَةِ الْمِائَةِ وَالتِّسْعُمِائَةِ بِمُقَابَلَةِ الدِّينَارِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا
وَكَذَا رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قال إذَا بَاعَ الدَّرَاهِمَ بِالدَّرَاهِمِ وفي أَحَدِهِمَا فَضْلٌ من حَيْثُ الْوَزْنُ وفي الْجَانِبِ الذي لَا فَضْلَ فيه فُلُوسٌ فَهُوَ جَائِزٌ في الْحُكْمِ وَلَكِنِّي أَكْرَهُهُ
فَقِيلَ كَيْفَ تَجِدُهُ في قَلْبِكَ
قال أَجِدُهُ مِثْلَ الْجَبَلِ
وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ يُنْظَرُ إلَى ما يُقَابِلُ الزِّيَادَةَ من حَيْثُ الْوَزْنُ من خِلَافِ الْجِنْسِ إنْ بَلَغَتْ قِيمَتُهُ قِيمَةَ الزِّيَادَةِ أو كانت أَقَلَّ منها مِمَّا يَتَغَابَنُ الناس فيه عَادَةً جَازَ الْبَيْعُ من غَيْرِ كَرَاهَةٍ وَإِنْ كانت شيئا قَلِيلَ الْقِيمَةِ كَفَلْسٍ وَجَوْزَةٍ وَنَحْوِ ذلك يَجُوزُ مع الْكَرَاهَةِ وَإِنْ كان شيئا لَا قِيمَةَ له أَصْلًا كَكَفٍّ من تُرَابٍ وَنَحْوِهِ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ أَصْلًا لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَا يُقَابِلُهَا عِوَضٌ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ جَرَيَانِ الرِّبَا فَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْبَدَلَانِ مَعْصُومَيْنِ فَإِنْ كان أَحَدُهُمَا غير مَعْصُومٍ لَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا عِنْدَنَا
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ هذا ليس بِشَرْطٍ وَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا
وَعَلَى هذا الْأَصْلِ يَخْرُجُ ما إذَا دخل مُسْلِمٌ دَارَ الْحَرْبِ تَاجِرًا فَبَاعَ حَرْبِيًّا دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ أو غير ذلك من سَائِرِ الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ في حُكْمِ الْإِسْلَامِ أَنَّهُ يَجُوزُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ
وَعَلَى هذا الْخِلَافِ الْمُسْلِمُ الْأَسِيرُ في دَارِ الْحَرْبِ أو الْحَرْبِيُّ الذي أَسْلَمَ هُنَاكَ ولم يُهَاجِرْ إلَيْنَا فَبَايَعَ أَحَدًا من أَهْلِ الْحَرْبِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ حُرْمَةَ الرِّبَا كما هِيَ ثَابِتَةٌ في حَقِّ الْمُسْلِمِينَ فَهِيَ ثَابِتَةٌ في حَقِّ الْكُفَّارِ لِأَنَّهُمْ مُخَاطَبُونَ بِالْحُرُمَاتِ في الصَّحِيحِ من الْأَقْوَالِ فَاشْتِرَاطُهُ في الْبَيْعِ يُوجِبُ فَسَادَهُ كما إذَا بَايَعَ الْمُسْلِمُ الْحَرْبِيَّ الْمُسْتَأْمَنَ في دَارِ الْإِسْلَامِ
وَلَهُمَا أَنَّ مَالَ الْحَرْبِيِّ ليس بِمَعْصُومٍ بَلْ هو مُبَاحٌ في نَفْسِهِ إلَّا أَنَّ الْمُسْلِمَ الْمُسْتَأْمَنَ مُنِعَ من تَمَلُّكِهِ من غَيْرِ رِضَاهُ لِمَا فيه من الْغَدْرِ وَالْخِيَانَةِ فإذا بَذَلَهُ بِاخْتِيَارِهِ وَرِضَاهُ فَقَدْ زَالَ هذا الْمَعْنَى فَكَانَ الْأَخْذُ اسْتِيلَاءً على مَالٍ مُبَاحٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ وأنه مَشْرُوعٌ مُفِيدٌ لِلْمِلْكِ كَالِاسْتِيلَاءِ على الْحَطَبِ وَالْحَشِيشِ وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَقْدَ هَهُنَا ليس بِتَمَلُّكٍ بَلْ هو تَحْصِيلُ شَرْطِ التَّمَلُّكِ وهو الرِّضَا لِأَنَّ مِلْكَ الْحَرْبِيِّ لَا يَزُولُ بِدُونِهِ وما لم يَزُلْ مِلْكُهُ لَا يَقَعُ الْأَخْذُ تَمَلُّكًا لَكِنَّهُ إذَا زَالَ فَالْمِلْكُ لِلْمُسْلِمِ يَثْبُتُ بِالْأَخْذِ وَالِاسْتِيلَاءِ لَا بِالْعَقْدِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا لِأَنَّ الرِّبَا اسْمٌ لِفَضْلٍ يُسْتَفَادُ بِالْعَقْدِ بِخِلَافِ الْمُسْلِمِ إذَا بَاعَ حَرْبِيًّا دخل دَارَ الْإِسْلَامِ بِأَمَانٍ لِأَنَّهُ اسْتَفَادَ الْعِصْمَةَ بِدُخُولِهِ دَارَ الْإِسْلَامِ بِأَمَانٍ وَالْمَالُ الْمَعْصُومُ لَا يَكُونُ مَحَلًّا لِلِاسْتِيلَاءِ فَتَعَيَّنَ التَّمَلُّكُ فيه بِالْعَقْدِ وَشَرْطُ الرِّبَا في الْعَقْدِ مُفْسِدٌ
وَكَذَلِكَ الذِّمِّيُّ إذَا دخل دَارَ الْحَرْبِ فَبَاعَ حَرْبِيًّا دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ أو غير ذلك من الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ في الْإِسْلَامِ فَهُوَ على هذا الْخِلَافِ الذي ذَكَرْنَا لِأَنَّ ما جَازَ من بُيُوعِ الْمُسْلِمِينَ جَازَ من بُيُوعِ أَهْلِ الذِّمَّةِ وما يَبْطُلُ أو يَفْسُدُ من بُيُوعِ الْمُسْلِمِينَ يَبْطُلُ أو يَفْسُدُ من بُيُوعِهِمْ إلَّا الْخَمْرَ وَالْخِنْزِيرَ على ما نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْبَدَلَانِ مُتَقَوِّمَيْنِ شَرْعًا وهو أَنْ يَكُونَا مَضْمُونَيْنِ حَقًّا لِلْعَبْدِ فَإِنْ كان أَحَدُهُمَا غير مَضْمُونٍ حَقًّا لِلْعَبْدِ لَا يَجْرِي فيه الرِّبَا

وَعَلَى هذا الْأَصْلِ يَخْرُجُ ما إذَا دخل الْمُسْلِمُ دَارَ الْحَرْبِ فَبَايَعَ رَجُلًا أَسْلَمَ في دَارِ الْحَرْبِ ولم يُهَاجِرْ إلَيْنَا دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ أو غير ذلك من الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ في دَارِ الْإِسْلَامِ أَنَّهُ يَجُوزُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ

وَعِنْدَهُمَا لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْعِصْمَةَ وَإِنْ كانت ثَابِتَةً فَالتَّقَوُّمُ ليس بِثَابِتٍ عِنْدَهُ حتى لَا يَضْمَنَ نَفْسَهُ بِالْقِصَاصِ وَلَا بِالدِّيَةِ عِنْدَهُ وَكَذَا مَالُهُ لَا يُضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِلنَّفْسِ وَعِنْدَهُمَا نَفْسُهُ وَمَالُهُ مَعْصُومَانِ مُتَقَوِّمَانِ وَالْمَسْأَلَةُ تَأْتِي في كِتَابِ السِّيَرِ

وَلَوْ دخل مُسْلِمَانِ دَارَ الْحَرْبِ فَتَبَايَعَا دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ أو غَيْرَهُ من الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ في دَارِ الْإِسْلَامِ

(5/192)

لَا يَجُوزُ لِأَنَّ مَالَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَعْصُومٌ مُتَقَوِّمٌ فَكَانَ التَّمَلُّكُ بِالْعَقْدِ فَيَفْسُدُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ

وَلَوْ أَسْلَمَ الْحَرْبِيُّ الذي بَايَعَ الْمُسْلِمَ وَدَخَلَ دَارَ الْإِسْلَامِ أو أَسْلَمَ أَهْلُ الدَّارِ فما كان من رِبًا مَقْبُوضٍ أو بَيْعٍ فَاسِدٍ مَقْبُوضٍ فَهُوَ جَائِزٌ مَاضٍ وما كان غير مَقْبُوضٍ يَبْطُلُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا ما بَقِيَ من الرِّبَا إنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ }

أَمَرَهُمْ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بِتَرْكِ ما بَقِيَ من الرب (((الربا))) وَالْأَمْرُ بِتَرْكِ ما بَقِيَ من الرِّبَا نَهْيٌ عن قَبْضِهِ فَكَأَنَّهُ تَعَالَى قال اُتْرُكُوا قَبْضَهُ فَيَقْتَضِي حُرْمَةَ الْقَبْضِ

وَرُوِيَ عن النبي أَنَّهُ قال كُلُّ رِبًا في الْجَاهِلِيَّةِ فَهُوَ مَوْضُوعٌ تَحْتَ قَدَمِي وَالْوَضْعُ عِبَارَةٌ عن الْحَطِّ وَالْإِسْقَاطِ وَذَلِكَ فِيمَا لم يُقْبَضْ وَلِأَنَّ بِالْإِسْلَامِ حُرِّمَ ابْتِدَاءُ الْعَقْدِ فَكَذَا الْقَبْضُ بِحُكْمِ الْعَقْدِ لِأَنَّهُ تَقْرِيرُ الْعَقْدِ وَتَأْكِيدُهُ فَيُشْبِهُ الْعَقْدَ فَيَلْحَقُ بِهِ إذْ هو عَقْدٌ من وَجْهٍ فَيُلْحَقُ بِالثَّابِتِ من كل وَجْهٍ في بَابِ الْحُرُمَاتِ احْتِيَاطًا وَمَتَى حُرِّمَ الْقَبْضُ لم يَكُنْ في بَقَاءِ الْعَقْدِ فَائِدَةٌ

وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ الْبَدَلَانِ مِلْكًا لِأَحَدِ الْمُتَبَايِعَيْنِ فَإِنْ كان لَا يَجْرِي الرِّبَا وَعَلَى هذا يَخْرُجُ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ إذَا بَاعَ مَوْلَاهُ دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ وَلَيْسَ عليه دَيْنٌ أَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّهُ إذَا لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ فما في يَدِهِ لِمَوْلَاهُ فَكَانَ الْبَدَلَانِ مِلْكَ الْمَوْلَى فَلَا يَكُونُ هذا بَيْعًا فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا إذْ هو مُخْتَصٌّ بِالْبِيَاعَاتِ

وَكَذَلِكَ الْمُتَفَاوِضَانِ إذَا تَبَايَعَا دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ يَجُوزُ لِأَنَّ الْبَدَلَ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا فَكَانَ مُبَادَلَةَ مَالِهِ بماله فَلَا يَكُونُ بَيْعًا وَلَا مُبَادَلَةً حَقِيقَةً وَكَذَلِكَ الشَّرِيكَانِ شَرِكَةَ الْعِنَانِ إذَا تَبَايَعَا دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ من مَالِ الشَّرِكَةِ جَازَ لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ تَبَايَعَا من غَيْرِ مَالِ الشَّرِكَةِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُمَا في غَيْرِ مَالِ الشَّرِكَةِ أَجْنَبِيَّانِ وَلَوْ كان على الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ دَيْنٌ فَبَاعَهُ مَوْلَاهُ دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ أَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ كَسْبَ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ الْمَدْيُونِ عِنْدَهُ فلم يَجْتَمِعْ الْبَدَلَانِ في مِلْكٍ وَاحِدٍ

وَعِنْدَهُمَا وَإِنْ كان يَمْلِكُ لَكِنْ مِلْكًا مَحْجُورًا عن التَّصَرُّفِ فيه لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْغُرَمَاءِ بِهِ فَكَانَ الْمَوْلَى كَالْأَجْنَبِيِّ عنه وَكَذَلِكَ الْمَوْلَى إذَا عَاقَدَ مُكَاتَبَهُ عَقْدَ الرب (((الربا))) لم يَجُزْ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ في حَقِّ الِاكْتِسَابِ مُلْحَقٌ بِالْأَحْرَارِ

لِانْقِطَاعِ تَصَرُّفِ الْمَوْلَى عنها فَأَشْبَهَ الْأَجَانِبَ
وَأَمَّا إسْلَامُ الْمُتَبَايِعِينَ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِجَرَيَانِ الرِّبَا فَيَجْرِي الرِّبَا بين أَهْلِ الذِّمَّةِ وَبَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ لِأَنَّ حُرْمَةَ الرِّبَا ثَابِتَةٌ في حَقِّهِمْ لِأَنَّ الْكُفَّارَ مُخَاطَبُونَ بِشَرَائِعَ هِيَ حُرُمَاتٌ إنْ لم يَكُونُوا مُخَاطَبِينَ بِشَرَائِعَ هِيَ عِبَادَاتٌ عِنْدَنَا قال اللَّهُ تَعَالَى { وَأَخْذِهِمْ الرِّبَا وقد نُهُوا عنه وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالَ الناس بِالْبَاطِلِ }
وَرُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ كَتَبَ إلَى مَجُوسِ هَجَرَ إمَّا أَنْ تَذَرُوا الرِّبَا أو تَأْذَنُوا بِحَرْبٍ من اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَهَذَا في نِهَايَةِ الْوَعِيدِ فَيَدُلُّ على نِهَايَةِ الْحُرْمَةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا الْخُلُوُّ عن احْتِمَالِ الرِّبَا فَلَا تَجُوزُ الْمُجَازَفَةُ في أَمْوَالِ الرِّبَا بَعْضُهَا بِبَعْضٍ لِأَنَّ حَقِيقَةَ الرِّبَا كما هِيَ مُفْسِدَةٌ لِلْعَقْدِ فَاحْتِمَالُ الرِّبَا مُفْسِدٌ له أَيْضًا لِقَوْلِ عبد اللَّهِ بن مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنه ما اجْتَمَعَ الْحَلَالُ وَالْحَرَامُ في شَيْءٍ إلَّا وقد غَلَبَ الْحَرَامُ الْحَلَالَ
وَالْأَصْلُ فيه أَنَّ كلما جَازَتْ فيه الْمُفَاضَلَةُ جَازَ فيه الْمُجَازَفَةُ وما لَا فَلَا لِأَنَّ التَّمَاثُلَ وَالْخُلُوَّ عن الرِّبَا فِيمَا يَجْرِي فيه الرِّبَا لَمَّا كان شَرْطَ الصِّحَّةِ فَلَا يُعْلَمُ تَحْقِيقُ الْمُمَاثَلَةِ بِالْمُجَازَفَةِ فَيَقَعُ الشَّكُّ في وُجُودِ شَرْطِ الصِّحَّةِ فَلَا تَثْبُتُ الصِّحَّةُ على الْأَصْلِ الْمَعْهُودِ في الْحُكْمِ الْمُعَلَّقِ على شَرْطٍ إذَا وَقَعَ الشَّكُّ في وُجُودِ شَرْطِهِ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ لِأَنَّ غير الثَّابِتِ بِيَقِينٍ لَا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ كما أَنَّ الثَّابِتَ بِيَقِينٍ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ
وَبَيَانُ هذا الْأَصْلِ في مَسَائِلَ إذَا تَبَايَعَا حِنْطَةً بِحِنْطَةٍ مُجَازَفَةً فَإِنْ لم يَعْلَمَا كَيْلَهُمَا أو عَلِمَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ أو عَلِمَا كَيْلَ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ لَا يَجُوزُ لِمَا قُلْنَا وَإِنْ عُلِمَ اسْتِوَاؤُهُمَا في الْكَيْلِ فَإِنْ عُلِمَ في الْمَجْلِسِ جَازَ الْبَيْعُ لِأَنَّ الْمَجْلِسَ وَإِنْ طَالَ فَلَهُ حُكْمُ حَالَةِ الْعَقْدِ فَكَأَنَّهُ عِنْدَ الْعَقْدِ وَإِنْ عُلِمَ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ لم يَجُزْ وقال زُفَرُ يَجُوزُ عُلِمَ قبل الِافْتِرَاقِ أو بَعْدَهُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْحَاجَةَ إلَى الْكَيْلِ عِنْدَ الْعَقْدِ لِتَحَقُّقِ الْمُسَاوَاةِ الْمَشْرُوطَةِ وقد تَبَيَّنَ أنها كانت ثَابِتَةً عِنْدَهُ
وَلَنَا أَنَّ عِلْمَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بِالْمُسَاوَاةِ عِنْدَ الْعَقْدِ شَرْطُ الصِّحَّةِ ولم يُوجَدْ وَالدَّلِيلُ على أَنَّ الْعِلْمَ عِنْدَ الْعَقْدِ شَرْطُ الصِّحَّةِ أَنَّ الشَّرْعَ أَلْزَمَ رِعَايَةَ الْمُمَاثَلَةِ عِنْدَ الْبَيْعِ بِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْحِنْطَةُ بِالْحِنْطَةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ أَيْ بِيعُوا الْحِنْطَةَ بِالْحِنْطَةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ أَمَرَ الْمُتَبَايِعَيْنِ بِالْبَيْعِ بِصِفَةِ الْمُمَاثَلَةِ فَلَا بُدَّ وَأَنْ تَكُونَ الْمُمَاثَلَةُ مَعْلُومَةً لَهُمَا عِنْدَ الْبَيْعِ لِتُمَكِّنَهُمَا من رِعَايَةِ هذا الشَّرْطِ
وَكَذَا لو كان بين رَجُلَيْنِ حِنْطَةٌ فَاقْتَسَمَاهَا مُجَازَفَةً لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ فيها مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ فَيُشْبِهُ الْبَيْعَ وَلَا يَجُوزُ الْبَيْعُ فيها مُجَازَفَةً فَكَذَا الْقِسْمَةُ وَلَوْ تَبَايَعَا حِنْطَةً بِحِنْطَةٍ

وَزْنًا بِوَزْنٍ مُتَسَاوِيًا في الْوَزْنِ لم يَجُزْ لِأَنَّ الْحِنْطَةَ مَكِيلَةٌ وَالتَّسَاوِي في الْكَيْلِ شَرْطُ جَوَازِ الْبَيْعِ في الْمَكِيلَاتِ وَلَا تُعْلَمُ الْمُسَاوَاةُ بَيْنَهُمَا في الْكَيْلِ فَكَانَ بَيْعُ الْحِنْطَةِ بِالْحِنْطَةِ مُجَازَفَةً
وروى عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ إذَا غَلَبَ اسْتِعْمَالُ الْوَزْنِ فيها تَصِيرُ وَزْنِيَّةً وَيَعْتَبِرُ التَّسَاوِي فيها بِالْوَزْنِ وَإِنْ كانت في الْأَصْلِ كَيْلِيَّةً

وَعَلَى هذا تَخْرُجُ الْمُزَابَنَةُ وَالْمُحَاقَلَةُ أَنَّهُمَا لَا يَجُوزَانِ لِأَنَّ الْمُزَابَنَةَ بَيْعُ التَّمْرِ على رؤوس النَّخْلِ بِمِثْلِ كيلةٍ من التَّمْرِ خَرْصًا لَا يدري أَيُّهُمَا أَكْثَرُ وَالزَّبِيبِ بِالْعِنَبِ لَا يدري أَيُّهُمَا أَكْثَرُ وَالْمُحَاقَلَةُ بَيْعُ الْحَبِّ في السُّنْبُلِ بِمِثْلِ كيلة من الْحِنْطَةِ خَرْصًا لَا يدري أَيُّهُمَا أَكْثَرُ فَكَانَ هذا بَيْعَ مَالِ الرِّبَا مُجَازَفَةً لِأَنَّهُ لَا تعرف (((يعرف))) الْمُسَاوَاةُ بَيْنَهُمَا في الْكَيْلِ

وقد رُوِيَ عن أبي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ نهى عن بَيْعِ الْمُزَابَنَةِ وَالْمُحَاقَلَةِ

وَفَسَّرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ الْمُزَابَنَةَ وَالْمُحَاقَلَةَ في الموطأ بِمَا قُلْنَا وهو كان إمَامًا في اللُّغَةِ كما كان إمَامًا في الشَّرِيعَةِ وقال كَذَلِكَ الْجَوَابُ إذَا كان أَكْثَرَ من خَمْسَةِ أَوْسُقٍ فَأَمَّا ما دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ فَلَا بَأْسَ بِهِ لِمَا رَوَى أبو هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ رَخَّصَ في بَيْعِ الْعَرَايَا بِالتَّمْرِ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ فَقَدْ رَخَّصَ رسول اللَّهِ من جُمْلَةِ ما حَرَّمَ من الْمُزَابَنَةِ ما دُونَ خَمْسَةٍ وَالْمُرَخَّصُ من جُمْلَةِ ما حُرِّمَ يَكُونُ مُبَاحًا

وَتَفْسِيرُ الْعَرِيَّةِ عِنْدَنَا ما ذَكَرَهُ مَالِكُ بن أَنَسٍ في الموطأ رضي اللَّهُ عنه وهو أَنْ يَكُونَ لِرَجُلٍ نَخِيلٌ فَيُعْطِيَ رَجُلًا منها ثَمَرَةَ نَخْلَةٍ أو نَخْلَتَيْنِ يَلْقُطُهُمَا لِعِيَالِهِ ثُمَّ يَثْقُلَ عليه دُخُولُهُ حَائِطَهُ فَيَسْأَلَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَ له عنها على أَنْ يُعْطِيَهُ بِمَكِيلَتِهَا تَمْرًا عِنْدَ إصْرَامِ النَّخْلِ وَذَلِكَ ما لَا بَأْسَ بِهِ عِنْدَنَا لِأَنَّهُ لَا بَيْعَ هُنَاكَ بَلْ التَّمْرُ كُلُّهُ لِصَاحِبِ النَّخْلِ فَإِنْ شَاءَ سَلَّمَ له تَمْرُ النَّخْلِ وَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهُ بِمَكِيلَتِهَا من التَّمْرِ إلَّا أَنَّهُ سَمَّاهُ الرَّاوِي بَيْعًا لِتَصَوُّرِهِ بِصُوَرِ الْبَيْعِ لَا أَنْ يَكُونَ بَيْعًا حَقِيقَةً بَلْ هو عَطِيَّةٌ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لم يَمْلِكْهُ المعري له لِانْعِدَامِ الْقَبْضِ فَكَيْفَ يُجْعَلُ بَيْعًا وَلِأَنَّهُ لو جُعِلَ بَيْعًا لَكَانَ بَيْعَ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ إلَى أَجَلٍ وأنه لَا يَجُوزُ بِلَا خِلَافٍ دَلَّ أَنَّ الْعَرِيَّةَ الْمُرَخَّصَ فيها لَيْسَتْ بِبَيْعٍ حَقِيقَةً بَلْ هِيَ عَطِيَّةٌ وَلِأَنَّ الْعَرِيَّةَ هِيَ الْعَطِيَّةُ لُغَةً قال حَسَّانُ بن ثَابِتٍ رضي اللَّهُ عنه لَيْسَتْ بِسَنْهَاءَ وَلَا رَجَبِيَّةٍ وَلَكِنْ عَرَايَا في السِّنِينَ الْجَوَائِحِ وَلَوْ اشْتَرَى بِكُرٍّ من تَمْرٍ نَخْلًا عليها تَمْرٌ وَسَمَّى التَّمْرَ أو ذَكَرَ كُلَّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هو منه حتى دخل في الْبَيْعِ يُرَاعَى في جَوَازِهِ طَرِيقُ الِاعْتِبَارِ وهو أَنْ يَكُونَ كَيْلُ التَّمْرِ أَكْثَرَ من كَيْلِ التَّمْرِ لِيَكُونَ التَّمْرُ بمثله وَالزِّيَادَةُ بِإِزَاءِ النَّخْلِ فَإِنْ كان أَقَلَّ لَا يَجُوزُ

لِأَنَّ التَّمْرَ يَكُونُ بِمِثْلِ كَيْلِهِ وَزِيَادَةُ التَّمْرِ مع النَّخْلِ تَكُونُ زِيَادَةً لَا يُقَابِلُهَا عِوَضٌ فَيَكُونُ رِبًا

وَكَذَا إذَا كان مثله لِأَنَّ النَّخْلَ يَكُونُ فَضْلًا لَا يُقَابِلُهُ عِوَضٌ في عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ وَكَذَا إذَا كان لَا يدري عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ وَسَنَذْكُرُ الْمَسْأَلَةَ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ثُمَّ إنَّمَا يَجُوزُ على طَرِيقِ الِاعْتِبَارِ إذَا كان التَّمْرُ نَقْدًا فَإِنْ كان نَسِيئَةً لم يَجُزْ لِتَحَقُّقِ رِبَا النَّسَاءِ

هذا إذَا كان ثَمَرُ النَّخْلِ بُسْرًا أو رُطَبًا أو تَمْرًا يَابِسًا عِنْدَ الْعَقْدِ فَإِنْ كان كفري جَازَ الْبَيْعُ كَيْفَ ما كان من غَيْرِ شَرْطِ الِاعْتِبَارِ لِأَنَّهُ بَيْعُ الكفري بِالتَّمْرِ وَأَنَّهُ جَائِزٌ كَيْفَ ما كان وَلَوْ لم يَكُنْ التَّمْرُ مَوْجُودًا عِنْدَ الْعَقْدِ ثُمَّ أَثْمَرَ النَّخْلُ قبل الْقَبْضِ كُرًّا أو أَكْثَرَ من الْكُرِّ لَا يَفْسُدُ الْبَيْعُ بِخِلَافِ ما إذَا كان التَّمْرُ مَوْجُودًا عِنْدَ الْعَقْدِ ثُمَّ أَثْمَرَ النَّخْلُ قبل الْقَبْضِ فَبَاعَهُ مع النَّخْلِ بِالتَّمْرِ وَكَيْلُ التَّمْرِ مِثْلُ كَيْلِ تَمَرِ النَّخْلِ أو أَقَلُّ حَيْثُ يَفْسُدُ الْبَيْعُ لِأَنَّ الْعَاقِدَيْنِ أَدْخَلَا الرِّبَا في الْعَقْدِ لِأَنَّهُمَا قَابَلَا الثَّمَنَ بِكُلِّ الْمَبِيعِ فَانْقَسَمَ الثَّمَنُ عَلَيْهِمَا وَبَعْضُ الْمَبِيعِ مَالُ الرِّبَا فَدَخَلَ الرِّبَا في الْعَقْدِ بِاشْتِرَاطِهِمَا وَاشْتِرَاطُ الرِّبَا في الْعَقْدِ مُفْسِدٌ له

وَهَهُنَا الْبَيْعُ كان صَحِيحًا في الْأَصْلِ لِأَنَّ الثَّمَنَ خِلَافُ جِنْسِ الْمَبِيعِ إذْ الْمَبِيعُ هو النَّخْلُ وَحْدَهُ إلَّا أَنَّهُ إذَا زَادَ فَقَدْ صَارَ مَبِيعًا في حَالِ الْبَقَاءِ لَا بِصُنْعِهِمَا فَبَقِيَ

الْبَيْعُ صَحِيحًا وَالزِّيَادَةُ مِلْكُ الْمُشْتَرِي وَيَنْقَسِمُ الثَّمَنُ على قِيمَةِ النَّخْلِ وَقِيمَةِ الزِّيَادَةِ لَكِنْ تُعْتَبَرُ قِيمَةُ النَّخْلِ وَقْتَ الْعَقْدِ وَقِيمَةُ الزِّيَادَةِ وَقْتَ الْقَبْضِ فَيَطِيبُ له من التَّمْرِ قَدْرُ حِصَّتِهِ من الثَّمَنِ لِأَنَّهُ فَضَلَ له ذلك الْقَدْرُ بِبَدَلٍ وَلَا يَطِيبُ له الْفَضْلُ وَيَتَصَدَّقُ بِهِ لِأَنَّهُ رِبْحُ ما لم يَضْمَنْ

وَلَوْ قَضَى الثَّمَنَ من التَّمْرِ الْحَادِثِ يُنْظَرُ إنْ قَضَاهُ منه قبل الْقَبْضِ فَقَضَاؤُهُ بَاطِلٌ لِأَنَّ الْقَضَاءَ منه تَصَرُّفٌ في الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ وأنه لَا يَجُوزُ وَجُعِلَ كَأَنَّهُ لم يَقْبِضْ حتى لو هَلَكَ الثَّمَرُ في يَدِ الْبَائِعِ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من الثَّمَنِ وَإِنْ أَكَلَهُ الْبَائِعُ تَسْقُطُ حِصَّتُهُ من الثَّمَنِ

وَإِنْ كان الْمُشْتَرِي قَبَضَ الثَّمَنَ ثُمَّ قَضَى منه جَازَ

الْقَضَاءُ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ في الْمَبِيعِ بَعْدَ الْقَبْضِ وأنه جَائِزٌ وَعَلَيْهِ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَا زَادَ على حِصَّتِهِ من الثَّمَنِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَعَلَى هذا بَيْعُ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ وَالْقِيمَةُ فِيهِمَا مُجَازَفَةٌ وَلَوْ تَبَايَعَا حِنْطَةً بِشَعِيرٍ أو ذَهَبًا بِفِضَّةٍ مُجَازَفَةً جَازَ لِأَنَّ الْمُمَاثَلَةَ في بَيْعِ الْجِنْسِ بِخِلَافِ الْجِنْسِ غَيْرُ مَشْرُوطَةٍ وَلِهَذَا جَازَتْ الْمُفَاضَلَةُ فيه فَالْمُجَازَفَةُ أَوْلَى وَكَذَلِكَ الْقِيمَةُ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ بَيْعُ الْمَوْزُونِ بِجِنْسِهِ وَغَيْرِ جِنْسِهِ كما إذَا اشْتَرَى فِضَّةً مع غَيْرِهَا بِفِضَّةٍ مُفْرَدَةٍ بِأَنْ اشْتَرَى سَيْفًا مُحَلًّى بِفِضَّةٍ مُفْرَدَةٍ أو مِنْطَقَةً مُفَضَّضَةً أو جَارِيَةً في عُنُقِهَا طَوْقٌ من فِضَّةٍ أو اشْتَرَى ذَهَبًا وَغَيْرَهُ بِذَهَبٍ مُفْرَدٍ كما إذَا اشْتَرَى ثَوْبًا مَنْسُوجًا بِالذَّهَبِ بِذَهَبٍ مُفْرَدٍ أو جَارِيَةً مع حِلْيَتِهَا وَحُلِيُّهَا ذَهَبٌ بِذَهَبٍ مُفْرَدٍ وَنَحْوِ ذلك أَنَّهُ لَا يَجُوزُ مُجَازَفَةً عِنْدَنَا بَلْ يُرَاعَى فيه طَرِيقُ الِاعْتِبَارِ وهو أَنْ يَكُونَ وَزْنُ الْفِضَّةِ الْمُفْرَدَةِ أو الذَّهَبِ الْمُفْرَدِ أَكْثَرَ من الْمَجْمُوعِ مع غَيْرِهِ لِيَكُونَ قَدْرُ وَزْنِ الْمُفْرَدِ بمثله من الْمَجْمُوعِ وَالزِّيَادَةُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا فَإِنْ كان وَزْنُ الْمُفْرَدِ أَقَلَّ من وَزْنِ الْمَجْمُوعِ لم يَجُزْ لِأَنَّ زِيَادَةَ وَزْنِ الْمَجْمُوعِ مع خِلَافِ الْجِنْسِ لَا يُقَابِلُهُ عِوَضٌ في عَقْدِ الْبَيْعِ فَيَكُونُ رِبًا

وَكَذَلِكَ إذَا كان مثله في الْوَزْنِ لِأَنَّهُ يَكُونُ الْفِضَّةُ بِمِثْلِهَا وَالذَّهَبُ بمثله فَالْفَضْلُ يَكُونُ رِبًا وَإِنْ كان من خِلَافِ جِنْسِهِ وَكَذَلِكَ إذَا كان لَا يُعْلَمُ وَزْنُهُ أَنَّهُ أَكْثَرُ أو مِثْلُهُ أو أَقَلُّ أو اخْتَلَفَ أَهْلُ النَّظَرِ فيه

فقال بَعْضُهُمْ الثَّمَنُ أَكْثَرُ

وقال بَعْضُهُمْ هو مِثْلُهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا وَعِنْدَ زُفَرَ يَجُوزُ

وَجْهُ قَوْلِهِ أن الْأَصْلَ في الْبَيْعِ جَوَازُهُ وَالْفَسَادُ بِعَارِضِ الرِّبَا وفي وُجُودِهِ شَكٌّ فَلَا يَثْبُتُ الْفَسَادُ بِالشَّكِّ لِأَنَّ جِهَةَ الْفَسَادِ في هذا الْعَقْدِ أَكْثَرُ من جِهَةِ الْجَوَازِ لِأَنَّ وَزْنَ الْمُفْرَدِ لو كان أَقَلَّ يُفْسِدُ وَكَذَلِكَ لو كان مثله وَلَوْ كان أَكْثَرَ يَجُوزُ فَجَازَ من وجد (((وجه))) وَفَسَدَ من وَجْهَيْنِ فَكَانَتْ الْغَلَبَةُ لِجِهَةِ الْفَسَادِ وَالْحُكْمُ لِلْغَالِبِ ثُمَّ إذَا كان وَزْنُ الْمُفْرَدِ أَكْثَرَ حتى جَازَ الْبَيْعُ فَيَجْتَمِعُ في هذا الْعَقْدِ صَرْفٌ وهو بَيْعُ الْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ أو الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ وَبَيْعٌ مُطْلَقٌ وهو بَيْعُ الذَّهَبِ أو الْفِضَّةِ بِخِلَافِ جِنْسِهَا فَيُرَاعَى في الصَّرْفِ شَرَائِطُهُ وَسَنَذْكُرُ شَرَائِطَ الصَّرْفِ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وإذا فَاتَ شَيْءٌ من الشَّرَائِطِ حتى فَسَدَ الصَّرْفُ هل يَتَعَدَّى الْفَسَادُ إلَى الْبَيْعِ الْمُطْلَقِ فيه تَفْصِيلٌ نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
هذا إذَا اشْتَرَى فِضَّةً مع غَيْرِهَا بِفِضَّةٍ مُفْرَدَةٍ أو ذَهَبًا مع غَيْرِهِ بِذَهَبٍ مُفْرَدٍ فَأَمَّا إذَا اشْتَرَى ذَهَبًا مع غَيْرِهِ بِفِضَّةٍ مُفْرَدَةٍ أو فِضَّةً مع غَيْرِهَا بِذَهَبٍ مُفْرَدٍ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ لِأَنَّهُ لَا رِبَا عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ غير أَنَّهُ يُقَسَّمُ الْمُفْرَدُ على قِيمَةِ الْمَجْمُوعِ وَقِيمَةِ ذلك الْغَيْرِ فما كان بِمُقَابَلَةِ الذَّهَبِ أو الْفِضَّةِ يَكُونُ صَرْفًا فَيُرَاعَى فيه شَرَائِطُ الصَّرْفِ وما كان بِمُقَابَلَةِ غَيْرِهِ يَكُونُ بَيْعًا مُطْلَقًا على ما نَذْكُرُهُ في بَيَانِ شَرَائِطِ الصَّرْفِ
وَعَلَى هذا الْأَصْلِ يَخْرُجُ بَيْعُ تُرَابِ مَعْدِنِ الْفِضَّةِ وَالذَّهَبِ أَمَّا تُرَابُ مَعْدِنِ الْفِضَّةِ فَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ بَاعَهُ بِفِضَّةٍ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بَاعَهُ بِغَيْرِهَا فَإِنْ بَاعَهُ بِفِضَّةٍ لم يَجُزْ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَقَعُ على ما في التُّرَابِ من الْفِضَّةِ لَا على التُّرَابِ لِأَنَّهُ لَا قِيمَةَ له وَالْمُمَاثَلَةُ بين الْفِضَّتَيْنِ لَيْسَتْ بِمَعْلُومَةٍ فَكَانَ هذا الْبَيْعُ بَيْعُ الْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ مُجَازَفَةً فَلَا يَجُوزُ وَإِنْ بَاعَهُ بِذَهَبٍ جَازَ لِأَنَّ الرِّبَا لَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ وَيُرَاعَى فيه شَرَائِطُ الصَّرْفِ ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ لم يَخْلُصْ منه شَيْءٌ تَبَيَّنَ أَنَّ الْبَيْعَ كان فَاسِدًا لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ ما ليس بِمَالٍ فَصَارَ كما لو اشْتَرَى شَخْصًا على أَنَّهُ عَبْدٌ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حُرٌّ أو اشْتَرَى شَاةً مَسْلُوخَةً على أنها مَذْبُوحَةٌ ثُمَّ تَبَيَّنَ أنها مَيِّتَةٌ فَإِنْ خَلَصَ منه شَيْءٌ فَالْأَمْرُ مَاضٍ وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ لِأَنَّهُ اشْتَرَى شيئا لم يَرَهُ فَأَشْبَهَ ما لو اشْتَرَى ثَوْبًا في سَقَطٍ أو سَمَكَةً في جُبٍّ وَلَوْ بَاعَهُ بِعِوَضٍ جَازَ أَيْضًا لِمَا قُلْنَا ثُمَّ يُنْظَرُ أن خَلَصَ منه شَيْءٌ أو لم يَخْلُصْ على ما ذَكَرْنَا وَلَوْ بَاعَهُ بِتُرَابِ مَعْدِنٍ مِثْلِهِ من الْفِضَّةِ لم يَجُزْ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَقَعُ على ما فيها من الْفِضَّةِ وَلَا يُعْلَمُ تَسَاوِيهِمَا في الْوَزْنِ فَكَانَ بَيْعَ الْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ مُجَازَفَةً وَلَوْ بَاعَهُ بِتُرَابِ مَعْدِنِ الذَّهَبِ جَازَ لِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ وَيُرَاعَى فيه شَرَائِطُ الصَّرْفِ ثُمَّ إنْ لم يَخْلُصْ منه شَيْءٌ تَبَيَّنَ أَنَّ الْبَيْعَ كان فَاسِدًا لِأَنَّهُ تبين أَنَّهُ بَاعَ ما ليس بِمَالٍ
وَكَذَا إنْ خَلَصَ من أَحَدِهِمَا ولم يَخْلُصْ من الْآخَرِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ الْمَالَ بِمَا ليس بِمَالٍ وَإِنْ خَلَصَ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَالْأَمْرُ مَاضٍ وَلَهُمَا خِيَارُ الرُّؤْيَةِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُشْتَرٍ ما لم يَرَهُ وَكَذَلِكَ لو كان تُرَابُ مَعْدِنِ الْفِضَّةِ بين رَجُلَيْنِ فَاقْتَسَمَاهُ لم يَجُزْ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ فيها مَعْنَى الْبَيْعِ فَلَا يَحْتَمِلُ الْمُجَازَفَةَ كَالْبَيْعِ
وَلَوْ بَاعَ منه قَفِيزًا بِغَيْرِ عَيْنِهِ بِذَهَبٍ أو بِعَرَضٍ لم يَجُزْ لِأَنَّ الْمَبِيعَ ما في التُّرَابِ من الْفِضَّةِ وأنه

مَجْهُولُ الْقَدْرِ لِأَنَّهُ مُتَفَاوِتٌ منه قَفِيزٌ يَخْلُصُ منه خَمْسَةٌ وَمِنْهُ قَفِيزٌ يَخْلُصُ منه عَشَرَةٌ فَكَانَ الْمَبِيعُ مَجْهُولًا جَهَالَةً مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ بِخِلَافِ بَيْعِ الْقَفِيزِ من صُبْرَةٍ لِأَنَّ قُفْزَانَ الصُّبْرَةِ الْوَاحِدَةِ مُتَمَاثِلَةٌ فلم يَكُنْ الْمَبِيعُ مَجْهُولًا جَهَالَةً مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ
وَلَوْ بَاعَ نِصْفَ جُمْلَةِ التُّرَابِ أو ثُلُثَهَا أو رُبُعَهَا شَائِعًا بِذَهَبٍ أو عَرَضٍ جَازَ لِأَنَّ الْجِنْسَ مُخْتَلِفٌ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا إلَّا إذَا لم يَخْلُصْ منه شَيْءٌ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْبَيْعَ كان فَاسِدًا لِمَا قُلْنَا

وَإِنْ خَلَصَ منه شَيْءٌ فَيَكُونُ ما خَلَصَ مُشْتَرَكًا بَيْنَهَا وَلَهُ الْخِيَارُ إذَا رَآهُ وَلَوْ اسْتَقْرَضَ تُرَابَ الْمَعْدِنِ جَازَ وَعَلَى الْمُسْتَقْرِضِ مِثْلُ ما خَلَصَ منه وَقَبَضَ لِأَنَّ الْقَرْضَ وَقَعَ على ما يَخْلُصُ منه وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْقَابِضِ في قَدْرِ ما قَبَضَ وَخَلَصَ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَهُ بِنِصْفِ هذا التُّرَابِ أو بِثُلُثِهِ أو بِرُبُعِهِ يَجُوزُ إنْ خَلَصَ منه شَيْءٌ كما يَجُوزُ لو بِيعَ منه شَيْءٌ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْبَيْعَ كان فَاسِدًا لِمَا قُلْنَا وَإِنْ خَلَصَ منه شَيْءٌ فَيَكُونُ أَجْرُهُ مِمَّا ما خَلَصَ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا بِتُرَابِ الْمَعْدِنِ بِعَيْنِهِ جَازَتْ الْإِجَارَةُ أن خَلَصَ منه شَيْءٌ لِأَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ بِمَالٍ وَالْأَجِيرِ بِالْخِيَارِ لِأَنَّهُ آجَرَ نَفْسَهُ بِمَا لم يَرَهُ فَإِنْ شَاءَ رضي بِهِ وَلَا شَيْءَ له غَيْرَهُ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ وَرَجَعَ على الْمُسْتَأْجِرِ بِأَجْرِ مِثْلِهِ بَالِغًا ما بَلَغَ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَهُ بِقَفِيزٍ من تُرَابٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ لَا تَجُوزُ الْإِجَارَةُ لِأَنَّ الْأُجْرَةَ ما في التُّرَابِ من الْفِضَّةِ وأنه مَجْهُولُ الْقَدْرِ وَلِهَذَا لم يَجُزْ بَيْعُهُ وَيَكُونُ بَيْنَهُمَا وَلَهُ الْخِيَارُ وَإِنْ لم يَخْلُصْ لَا يَجُوزُ وَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ وَعَلَى هذا حُكْمُ تُرَابِ مَعْدِنِ الذَّهَبِ في جَمِيعِ ما ذَكَرْنَا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا تُرَابُ الصَّاغَةِ فَإِنْ كان فيه فِضَّةٌ خَالِصَةٌ فَحُكْمُهُ حُكْمُ تُرَابِ مَعْدِنِ الْفِضَّةِ وَإِنْ كان فيه ذَهَبٌ خَالِصٌ فَحُكْمُهُ حُكْمُ تُرَابِ مَعْدِنِ الذَّهَبِ وَإِنْ كان فيه ذَهَبٌ وَفِضَّةٌ فَإِنْ اشْتَرَاهُ بِذَهَبٍ أو فِضَّةٍ لم يَجُزْ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ ما فيه من الذَّهَبِ أو الْفِضَّةِ أَكْثَرَ أو أَقَلَّ أو مثله فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا
وَلَوْ اشْتَرَاهُ بِذَهَبٍ وَفِضَّةٍ جَازَ لِأَنَّهُ اشْتَرَى ذَهَبًا وَفِضَّةً بِذَهَبٍ وَفِضَّةٍ فَيَجُوزُ وَيُصْرَفُ الْجِنْسُ إلَى خِلَافِ الْجِنْسِ ويراعي فيه شَرَائِطُ الصَّرْفِ وَلَوْ اشْتَرَاهُ بِعَرَضٍ جَازَ لِانْعِدَامِ احْتِمَالِ الرِّبَا وَهَذَا كُلُّهُ إذَا خَلَصَ منه شَيْءٌ فَإِنْ لم يَخْلُصْ تَبَيَّنَ أَنَّ الْبَيْعَ كان فَاسِدًا
وَعَلَى هذا الْأَصْلِ يَخْرُجُ بَيْعُ الدَّرَاهِمِ الْمَغْشُوشَةِ التي الْغِشُّ فيها هو الْغَالِبُ بِفِضَّةٍ خَالِصَةٍ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إلَّا على طَرِيقِ الِاعْتِبَارِ وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الدَّرَاهِمَ الْمَضْرُوبَةَ أَقْسَامٌ ثَلَاثَةٌ أما أَنْ تَكُونَ الْفِضَّةُ فيها هِيَ الْغَالِبَةُ وأما أَنْ يَكُونَ الْغِشُّ فيها هو الْغَالِبُ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الْفِضَّةُ وَالْغِشُّ فيها على السَّوَاءِ فَإِنْ كانت الْفِضَّةُ فيها هِيَ الْغَالِبَةُ بِأَنْ كان ثُلُثَاهَا فِضَّةً وَثُلُثُهَا صُفْرًا أو كانت ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا فِضَّةً وَرُبُعُهَا صُفْرًا وَنَحْوَ ذلك فَحُكْمُهَا حُكْمُ الْفِضَّةِ الْخَالِصَةِ لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا بِالْفِضَّةِ الْخَالِصَةِ إلَّا سَوَاءً سواء
وَكَذَا بَيْعُ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ لَا يَجُوزُ إلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْغَالِبِ وَإِلْحَاقُ الْمَغْلُوبِ بِالْعَدَمِ هو الْأَصْلُ في أَحْكَامِ الشَّرْعِ وَلِأَنَّ الدَّرَاهِمَ الْجِيَادَ لَا تَخْلُو عن قَلِيلِ غِشٍّ لِأَنَّ الْفِضَّةَ لَا تَنْطَبِعُ بِدُونِهِ على ما قِيلَ فَكَانَ قَلِيلُ الْغِشِّ مِمَّا لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عنه فَكَانَتْ الْعِبْرَةُ لِلْغَلَبَةِ وَإِنْ كان الْغِشُّ فيها هو الْغَالِبُ فَإِنْ كانت الْفِضَّةُ لَا تَخْلُصُ بِالذَّوْبِ وَالسَّبْكِ بَلْ تَحْتَرِقُ وَيَبْقَى النُّحَاسُ فَحُكْمُهَا حُكْمُ النُّحَاسِ الْخَالِصِ لِأَنَّ الْفِضَّةَ فيها إذَا كانت مُسْتَهْلَكَةً كانت مُلْحَقَةً بِالْعَدَمِ فَيُعْتَبَرُ كُلُّهُ نُحَاسًا لَا يُبَاعُ بِالنُّحَاسِ إلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ يَدًا بِيَدٍ
وَإِنْ كانت تَخْلُصُ من النُّحَاسِ وَلَا تَحْتَرِقُ وَيَبْقَى النُّحَاسُ على حَالِهِ أَيْضًا فإنه يُعْتَبَرُ فيه كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على حَالِهِ وَلَا يُجْعَلُ أَحَدُهُمَا تَبَعًا لِلْآخَرِ كَأَنَّهُمَا مُنْفَصِلَانِ مُمْتَازَانِ أَحَدُهُمَا عن صَاحِبِهِ لِأَنَّهُ إذَا أَمْكَنَ تَخْلِيصُ أَحَدِهِمَا من صَاحِبِهِ على وَجْهٍ يَبْقَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْدَ الذَّوْبِ وَالسَّبْكِ لم يَكُنْ أَحَدُهُمَا مُسْتَهْلَكًا فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا بِفِضَّةٍ خَالِصَةٍ إلَّا على طَرِيقِ الِاعْتِبَارِ وهو أَنْ تَكُونَ الْفِضَّةُ الْخَالِصَةُ أَكْثَرَ من الْفِضَّةِ الْمَخْلُوطَةِ يُصْرَفُ إلَى الْفِضَّةِ الْمَخْلُوطَةِ مِثْلُهَا من الْفِضَّةِ الْخَالِصَةِ وَالزِّيَادَةُ إلَى الْغِشِّ كما لو بَاعَ فِضَّةً وَصُفْرًا مُمْتَازَيْنِ بِفِضَّةٍ خَالِصَةٍ فَإِنْ كانت الْفِضَّةُ الْخَالِصَةُ أَقَلَّ من الْمَخْلُوطَةِ لم يَجُزْ لِأَنَّ زِيَادَةَ الْفِضَّةِ الْمَخْلُوطَةِ مع الصُّفْرِ يَكُونُ فَضْلًا خَالِيًا من الْعِوَضِ في عَقْدِ

الْمُعَاوَضَةِ فَيَكُونُ رِبًا
وَكَذَا إذَا كانت مِثْلَهَا لِأَنَّ الصُّفْرَ يَكُونُ فَضْلًا لَا يُقَابِلُهُ عِوَضٌ وَكَذَا إذَا كان لَا يدري قَدْرُ الْفِضَّتَيْنِ أَيُّهُمَا أَكْثَرُ أو هُمَا سَوَاءٌ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا وَعِنْدَ زُفَرَ يَجُوزُ وقد ذَكَرْنَا الْحُجَجَ فِيمَا قَبْلُ
وَذَكَرَ في الْجَامِعِ إذَا كانت الدَّرَاهِمُ ثُلُثَاهَا صُفْرًا وَثُلُثها فِضَّةٌ وَلَا يُقْدَرُ أَنْ يُخَلَّصَ الْفِضَّةُ من الصُّفْرِ وَلَا يدري إذَا خُلِّصَتْ أَيَبْقَى الصُّفْرُ أَمْ يَحْتَرِقُ أَنَّهُ يراعي في بَيْعِ هذه الدَّرَاهِمِ بِفِضَّةٍ خَالِصَةٍ طَرِيقُ الِاعْتِبَارِ ثُمَّ إذَا كانت الْفِضَّةُ الْخَالِصَةُ أَكْثَرَ حتى جَازَ الْبَيْعُ يَكُونُ هذا صَرْفًا وَبَيْعًا

مُطْلَقًا فَيُرَاعَى في الصَّرْفِ شَرَائِطُهُ وإذا فَسَدَ بِفَوَاتِ شَرْطٍ منه يَفْسُدُ الْبَيْعُ في الصُّفْرِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تمييزه (((تميزه))) إلَّا بِضَرَرٍ وَبَيْعُ ما لَا يُمْكِنُ تَمْيِيزُهُ عن غَيْرِهِ إلَّا بِضَرَرٍ فَاسِدٌ على ما ذَكَرْنَا
وَلَوْ بِيعَتْ هذه الدَّرَاهِمُ بِذَهَبٍ جَازَ لِأَنَّ الْمَانِعَ هو الرِّبَا وَاخْتِلَافُ الْجِنْسِ يَمْنَعُ تحقق (((تحقيق))) الرِّبَا لَكِنْ يُرَاعَى فيه شَرَائِطُ الصَّرْفِ لِأَنَّهُ صَرْفٌ وإذا فَاتَ شَرْطٌ منه حتى فَسَدَ يَفْسُدُ الْبَيْعُ في الصُّفْرِ أَيْضًا لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ بِيعَتْ بِجِنْسِهَا من الدَّرَاهِمِ الْمَغْشُوشَةِ جَازَ مُتَسَاوِيًا وَمُتَفَاضِلًا نَصَّ عليه مُحَمَّدٌ في الْجَامِعِ وَيُصْرَفُ الْجِنْسُ إلَى خِلَافِ الْجِنْسِ كما لو بَاعَ فِضَّةً مُنْفَصِلَةً وَصُفْرًا مُنْفَصِلًا بِفِضَّةٍ وَصُفْرٍ مُنْفَصِلَيْنِ
وَقَالُوا في السَّتُّوقَةِ إذَا بِيعَ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلًا أنه يَجُوزُ وَيُصْرَفُ الْجِنْسُ إلَى خِلَافِ الْجِنْسِ وَمَشَايِخُنَا لم يُفْتُوا في ذلك إلَّا بِالتَّحْرِيمِ احْتِرَازًا عن فَتْحِ بَابِ الرِّبَا
وَقَالُوا في الدَّرَاهِمِ الْقَطْرُ يفينه (((يفنيه))) يَجُوزُ بَيْعُ وَاحِدٍ أو اثْنَيْنِ أو ثَلَاثَةٍ أو أَرْبَعَةٍ أو خَمْسَةٍ منها بِدِرْهَمٍ فِضَّةٍ لِأَنَّ ما فيها من الْفِضَّةِ يَكُونُ بِمِثْلِ وَزْنِهَا من الْفِضَّةِ الْخَالِصَةِ وَزِيَادَةُ الْفِضَّةِ تَكُونُ بِمُقَابَلَةِ الصُّفْرِ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ سِتَّةٍ منها بِدِرْهَمٍ فِضَّةٍ لِأَنَّ الصُّفْرَ الذي فيها يَبْقَى فَضْلًا خَالِيًا عن الْعِوَضِ في عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ فَيَكُونُ رِبًا
وكان الشَّيْخُ الْإِمَامُ أبو بَكْرٍ محمد بن الْفَضْلِ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يُفْتِي بِجَوَازِ هذا
وَإِنْ كانت الْفِضَّةُ وَالْغِشُّ فيها سَوَاءً فلم يَقْطَعْ مُحَمَّدٌ الْجَوَابَ فيه في الْجَامِعِ لَكِنَّهُ بَنَاهُ على قَوْلِ الصَّيَارِفَةِ
وحكي عَنْهُمْ أَنَّهُمْ قالوا إنَّ الْفِضَّةَ وَالصُّفْرَ إذَا خُلِطَا لَا تَتَمَيَّزُ الْفِضَّةُ من الصُّفْرِ حتى يَحْتَرِقَ الصُّفْرُ لِأَنَّهُمَا لَا يَتَمَيَّزَانِ إلَّا بِذَهَابِ أَحَدِهِمَا وَالصُّفْرُ أَسْرَعُهُمَا ذَهَابًا فقال في هذه الدَّرَاهِمِ إنْ كانت الْفِضَّةُ هِيَ الْغَالِبَةُ أَيْ على ما يَقُولُهُ الصَّيَارِفَةُ إن الصُّفْرَ يَتَسَارَعُ إلَيْهِ الِاحْتِرَاقُ عِنْدَ الْإِذَابَةِ وَالسَّبْكِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا بِالْفِضَّةِ الْخَالِصَةِ وَلَا بَيْعُ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ إلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ كَبَيْعِ الزُّيُوفِ بِالْجِيَادِ لِأَنَّ الصُّفْرَ إذَا كان يَتَسَارَعُ إلَيْهِ الِاحْتِرَاقُ كان مَغْلُوبًا مُسْتَهْلَكًا فَكَانَ مُلْحَقًا بِالْعَدَمِ
وَإِنْ لم يَغْلِبْ أَحَدُهُمَا على الْآخَرِ وَبَقِيَا على السَّوَاءِ يُعْتَبَرْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على حِيَالِهِ كَأَنَّهُمَا مُنْفَصِلَانِ وَيُرَاعَى في بَيْعِهِمَا بِالْفِضَّةِ الْخَالِصَةِ طَرِيقُ الِاعْتِبَارِ كما في النَّوْعِ الْأَوَّلِ وَيَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ مُتَسَاوِيًا وَمُتَفَاضِلًا وَيُصْرَفُ الْجِنْسُ إلَى خِلَافِ الْجِنْسِ كما في النَّوْعِ الْأَوَّلِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

وَهَلْ يَجُوزُ اسْتِقْرَاضُ الدَّرَاهِمِ الْمَغْشُوشَةِ عَدَدًا أَمَّا النَّوْعُ الْأَوَّلُ وهو ما كانت فِضَّتُهُ غَالِبَةً على غِشِّهِ فَلَا يَجُوزُ اسْتِقْرَاضُهُ إلَّا وَزْنًا لِأَنَّ الْغِشَّ إذَا كان مَغْلُوبًا فيه كان بِمَنْزِلَةِ الدَّرَاهِمِ الزَّائِفَةِ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الدَّرَاهِمِ الزَّائِفَةِ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ عَدَدًا لِأَنَّهَا وَزْنِيَّةٌ فلم يُعْتَبَرْ الْعَدَدُ فيها فَكَانَ بَيْعُ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ مُجَازَفَةً فلم يَجُزْ فَلَا يَجُوزُ اسْتِقْرَاضُهَا أَيْضًا لِأَنَّهَا مُبَادَلَةٌ حَقِيقَةً أو فيها شبه (((شبهة))) الْمُبَادَلَةِ فَيَجِبُ صِيَانَتُهَا عن الرِّبَا وَعَنْ شُبْهَةِ الرِّبَا وَلِهَذَا لم يَجُزْ اسْتِقْرَاضُ الْكَيْلِيِّ وَزْنًا لِمَا أَنَّ الْوَزْنَ في الْكَيْلِيِّ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فَكَانَ إقْرَاضُهُ مُبَادَلَةَ الشَّيْءِ بمثله مُجَازَفَةً أو شُبْهَةَ الْمُبَادَلَةِ فلم يَجُزْ كَذَا هذا

وَكَذَلِكَ النَّوْعُ الثَّالِثُ وهو ما إذَا كان نِصْفُهُ فِضَّةً وَنِصْفُهُ صُفْرًا لِأَنَّ الْغَلَبَةَ إذَا كانت الْفِضَّةُ على اعْتِبَارِ بَقَائِهَا وَذَهَابِ الصُّفْرِ في الْمَآلِ على ما يَقُولُهُ أَهْلُ الصَّنْعَةِ كان مُلْحَقًا بِالدَّرَاهِمِ الزُّيُوفِ فَلَا يَجُوزُ اسْتِقْرَاضُهُ عَدَدًا وَإِنْ كان لَا يَغْلِبُ أَحَدُهُمَا على الْآخَرِ وَيَبْقَيَانِ بَعْدَ السَّبْكِ على حَالِهِمَا كان كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَصْلًا بِنَفْسِهِ فَيُعْتَبَرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على حِيَالِهِ فَكَانَ اسْتِقْرَاضُ الْفِضَّةِ وَالصُّفْرِ جُمْلَةً عَدَدًا

وَهَذَا لَا يَجُوزُ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الصفر إن كان يُوجِبُ الْجَوَازَ لِأَنَّ الْفَلْسَ عَدَدِيٌّ فَاعْتِبَارُ الْفِضَّةِ يَمْنَعُ الْجَوَازَ

لِأَنَّ الْفِضَّةَ وَزْنِيَّةٌ فَالْحُكْمُ بِالْفَسَادِ عِنْدَ تَعَارُضِ جِهَتَيْ الْجَوَازِ وَالْفَسَادُ أَحْوَطُ

وَأَمَّا النَّوْعُ الثَّانِي ما كان الْغِشُّ فيه غَالِبًا وَالْفِضَّةُ مَغْلُوبَةً فإنه يُنْظَرُ إنْ كان الناس يَتَعَامَلُونَ بِهِ وَزْنًا لَا عَدَدًا لَا يَجُوزُ اسْتِقْرَاضُهُ عَدَدًا

لِأَنَّ الْعَدَدَ في الْمَوْزُونِ بَاطِلٌ فَكَانَ اسْتِقْرَاضُهُ مُبَادَلَةَ الْمَوْزُونِ بِجِنْسِهِ مُجَازَفَةً أو شُبْهَةَ الْمُبَادَلَةِ وأنه لَا يَجُوزُ

وَإِنْ كَانُوا يَتَعَامَلُونَ بِهِ عَدَدًا يَجُوزُ اسْتِقْرَاضُهُ عَدَدًا لِأَنَّهُمْ إذَا تَعَامَلُوا بِهِ عَدَدًا فَقَدْ أَلْحَقُوهُ بِالْفُلُوسِ وَجَعَلُوا الْفِضَّةَ التي فيه تَبَعًا لِلصُّفْرِ وأنه مُمْكِنٌ لِأَنَّهَا قَلِيلَةٌ وقد يَكُونُ في الْفُلُوسِ في الْجُمْلَةِ قَلِيلُ فِضَّةٍ فَثَبَتَتْ التَّبَعِيَّةُ بِدَلَالَةِ التَّعَامُلِ

وَمِثْلُ هذه الدَّلَالَةِ لم تُوجَدْ فِيمَا إذَا تَعَامَلُوا بها وَزْنًا لَا عَدَدًا فَبَقِيَتْ وزنيه فَلَا يَجُوزُ اسْتِقْرَاضُهُ عَدَدًا

وَإِنْ تَعَامَلَ الناس بها عَدَدًا

لِأَنَّ هُنَاكَ لَا يُمْكِنُ جَعْلُ الْفِضَّةِ تَبَعًا لِلْغِشِّ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ منه أو مِثْلُهُ وَالْكَثِيرُ لَا يَكُونُ تَبَعًا لِلْقَلِيلِ

وَمِثْلُ هذا الشَّيْءِ لَا يَكُونُ تَبَعًا أَيْضًا فَبَقِيَتْ على الصِّفَةِ الْأَصْلِيَّةِ الثَّابِتَةِ لها شَرْعًا وَهِيَ كَوْنُهَا وَزْنِيَّةً فَلَا يَجُوزُ اسْتِقْرَاضُهَا مُجَازَفَةً كما لَا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ مُجَازَفَةً وَكَذَا الشِّرَاءُ بِالدَّرَاهِمِ الْمَغْشُوشَةِ من الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ عَدَدًا حُكْمُهُ حُكْمُ الِاسْتِقْرَاضِ سَوَاءٌ

فَلَا يَجُوزُ الشِّرَاءُ بِالنَّوْعِ الْأَوَّلِ إلَّا وَزْنًا لِأَنَّهَا في حُكْمِ الْجِيَادِ وإنها وَزْنِيَّةٌ فلم يَجُزْ الشِّرَاءُ بها إلَّا وَزْنًا إذَا لم يَكُنْ مُشَارًا إلَيْهَا وَكَذَلِكَ بِالنَّوْعِ الثَّالِثِ لِمَا ذَكَرْنَا في الِاسْتِقْرَاضِ

وَأَمَّا النَّوْعُ الثَّالِثُ فَالْأَمْرُ فيه على التَّفْصِيلِ الذي ذَكَرْنَاهُ في الِاسْتِقْرَاضِ أَنَّ

الناس إنْ كَانُوا يَتَبَايَعُونَ بها وَزْنًا لَا عَدَدًا لَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَنْ يَبْتَاعَ بها عَدَدًا لِأَنَّ الْوَزْنَ صِفَةٌ أَصْلِيَّةٌ لِلدَّرَاهِمِ وَإِنَّمَا تَصِيرُ عَدَدِيَّةً بِتَعَامُلِ الناس فَإِنْ جَرَى التَّعَامُلُ بها وَزْنًا لَا عَدَدًا فَقَدْ تَقَرَّرَتْ الصِّفَةُ الْأَصْلِيَّةُ وَبَقِيَتْ وَزْنِيَّةً فإذا اشْتَرَى بها عَدَدًا على غَيْرِ وَزْنٍ وَالْعَدَدُ هَدْرٌ ولم تُوجَدْ الْإِشَارَةُ فَقَدْ بَقِيَ الثَّمَنُ مَجْهُولًا جَهَالَةً مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّهُ لَا يدري ما وَزْنُ هذا الْقَدْرِ من الْعَدَدِ الْمُسَمَّى فَيُوجِبُ فَسَادَ الْعَقْدِ بِخِلَافِ ما إذَا اشْتَرَى بها عَدَدًا على غَيْرِ وَزْنٍ وَلَكِنْ أَشَارَ إلَيْهَا فِيمَا يكتفي فيه بِالْإِشَارَةِ حَيْثُ يَجُوزُ لِأَنَّ مِقْدَارَ وَزْنِهَا وَإِنْ كان مَجْهُولًا بَعْدَ الْإِشَارَةِ إلَيْهَا لَكِنَّ هذه جَهَالَةٌ لَا تقضي (((تفضي))) إلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ مِقْدَارِ الْمُشَارِ إلَيْهِ بِالْوَزْنِ إذَا كان قَائِمًا فَلَا يُمْنَعُ جَوَازُ الْعَقْدِ وَإِنْ كَانُوا يَتَبَايَعُونَ بها عَدَدًا جَازَ لِأَنَّهَا صَارَتْ عَدَدِيَّةً بِتَعَامُلِ الناس وَصَارَتْ كَالْفُلُوسِ الرَّائِجَةِ هذا إذَا اشْتَرَى بِالْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ عَدَدًا على وَزْنٍ ولم يُعَيِّنْهَا فَأَمَّا إذَا عَيَّنَهَا وَاشْتَرَى بها عَرَضًا بِأَنْ قال اشْتَرَيْتُ هذا الْعَرَضَ بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ وَأَشَارَ إلَيْهَا فَلَا شَكَّ في جَوَازِ الشِّرَاءِ بها وَلَا تَتَعَيَّنُ بِالْإِشَارَةِ إلَيْهَا وَلَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِعَيْنِهَا حتى لو هَلَكَتْ قبل أَنْ يَنْقُدَهَا الْمُشْتَرِي لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ ويعطي مَكَانَهَا مِثْلَهَا من جِنْسِهَا وَنَوْعِهَا وَقَدْرِهَا وَصِفَتِهَا

أَمَّا النَّوْعُ الْأَوَّلُ فَلِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الدَّرَاهِمِ الْجِيَادِ وإنها لَا تَتَعَيَّنُ بِالْإِشَارَةِ إلَيْهَا وَلَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِهَلَاكِهَا فَكَذَا هذه

وَأَمَّا النَّوْعُ الثَّانِي فَلِأَنَّ الصِّفَةَ فيها إنْ كانت هِيَ الْغَالِبَةُ على ما يَقُولُهُ السَّبَّاكُونَ فَهِيَ في حُكْمِ النَّوْعِ الْأَوَّلِ وَإِنْ لم يَغْلِبْ أَحَدُهُمَا على الْآخَرِ يُعْتَبَرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحِيَالِهِ فَلَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ أَيْضًا لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْفِضَّةِ لَا يُوجِبُ الْبُطْلَانَ لِأَنَّهَا لَا تَتَعَيَّنُ وَاعْتِبَارَ الصُّفْرِ يُوجِبُ لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ فَلَا يَبْطُلُ بِالشَّكِّ

وَأَمَّا النَّوْعُ الثَّالِثُ فَلِأَنَّ الناس إنْ كَانُوا يَتَعَامَلُونَ بها وَزْنًا فَهِيَ وَسَائِرُ الدَّرَاهِمِ سَوَاءٌ فَلَا تَتَعَيَّنُ بِالْإِشَارَةِ وَيَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِمِثْلِهَا في الذِّمَّةِ لَا بِعَيْنِهَا فَلَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِهَلَاكِهَا وَإِنْ كَانُوا يَتَعَامَلُونَ بها عَدَدًا فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الْفُلُوسِ الرَّائِجَةِ وأنها إذَا قُوبِلَتْ بِخِلَافِ في جِنْسِهَا في الْمُعَاوَضَاتِ لَا تَتَعَيَّنُ وَلَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِعَيْنِهَا بَلْ بِمِثْلِهَا عَدَدًا وَلَا يَبْطُلُ بِهَلَاكِهَا

كَذَا هذا

وَلَوْ كَسَدَ هذا النَّوْعُ من الدَّرَاهِمِ وَصَارَتْ لَا تَرُوجُ بين الناس فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الْفُلُوسِ الْكَاسِدَةِ وَالسَّتُّوقِ وَالرَّصَاصِ حتى تَتَعَيَّنَ بِالْإِشَارَةِ إلَيْهَا وَيَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِعَيْنِهَا حتى يَبْطُلَ الْعَقْدُ بِهَلَاكِهَا قبل الْقَبْضِ لِأَنَّهَا صَارَتْ سِلْعَةً لَكِنْ قالوا هذا إذَا كان الْعَاقِدَانِ عَالِمَيْنِ بِحَالِ هذه وَيَعْلَمُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الْآخَرَ يَعْلَمُ بِذَلِكَ فَأَمَّا إذَا كَانَا لَا يَعْلَمَانِ أو يَعْلَمُ أَحَدُهُمَا ولم يَعْلَمْ الْآخَرُ أو يَعْلَمَانِ لَكِنْ لَا يَعْلَمُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ صَاحِبَهُ يَعْلَمُ فإن الْعَقْدَ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْمُشَارِ إلَيْهِ وَلَا بِجِنْسِهَا وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِالدَّرَاهِمِ الرَّائِجَةِ التي عليها تَعَامُلُ الناس في تِلْكَ الْبَلَدِ هذا إذَا صَارَتْ بِحَيْثُ لَا تَرُوجُ أَصْلًا

فَأَمَّا إذَا كانت يَقْبَلُهَا الْبَعْضُ دُونَ الْبَعْضِ فَحُكْمُهَا حُكْمُ الدَّرَاهِمِ الزَّائِفَةِ فَيَجُوزُ الشِّرَاءُ بها وَلَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِعَيْنِهَا بَلْ يَتَعَلَّقُ بِجِنْسِ تِلْكَ الدَّرَاهِمِ الزُّيُوفِ إنْ كان الْبَائِعُ يَعْلَمُ بِحَالِهَا خَاصَّةً لِأَنَّهُ رضي بِجِنْسِ الزُّيُوفِ وَإِنْ كان الْبَائِعُ لَا يَعْلَمُ لَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِجِنْسِ الْمُشَارِ إلَيْهِ وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِالْجَيِّدِ من نَقْدِ تِلْكَ الْبَلَدِ لِأَنَّهُ لم يَرْضَ إلَّا بِهِ إذَا كان لَا يَعْلَمُ بِحَالِهَا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

ثُمَّ إنَّمَا لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِهَلَاكِ الدَّرَاهِمِ في الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ بَعْدَ الْإِشَارَةِ إلَيْهَا إذَا كان عَلِمَ عَدَدَهَا أو وَزْنَهَا قبل الْهَلَاكِ لِأَنَّهُ إذَا كان عَلِمَ ذلك يُمْكِنُ إعْطَاءُ مِثْلِهَا بَعْدَ هَلَاكِهَا

فَأَمَّا إذَا كان لم يَعْلَمْ لَا عَدَدَهَا وَلَا وَزْنَهَا حتى هَلَكَتْ يَبْطُلُ الْبَيْعُ لِأَنَّ الثَّمَنَ

صَارَ مَجْهُولًا إذْ الْمُشْتَرِي لَا يُمْكِنُهُ إعْطَاءُ مِثْلِ الدَّرَاهِمِ الْمُشَارِ إلَيْهَا
وَمِنْهَا الْخُلُوُّ من شُبْهَةِ الرِّبَا لِأَنَّ الشُّبْهَةَ مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ في بَابِ الْحُرُمَاتِ احْتِيَاطًا وَأَصْلُهُ ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال لِوَابِصَةَ بن مَعْبَدٍ رضي اللَّهُ عنه الْحَلَالُ بَيِّنٌ وَالْحَرَامُ بَيِّنٌ وَبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ فَدَعْ ما يَرِيبُكَ إلَى ما لَا يَرِيبُكَ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا بَاعَ رَجُلٌ شيئا نَقْدًا أو نَسِيئَةً وَقَبَضَهُ الْمُشْتَرِي ولم يَنْقُدْ ثَمَنَهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِبَائِعِهِ أَنْ يَشْتَرِيَهُ من مُشْتَرِيهِ بِأَقَلَّ من ثَمَنِهِ الذي بَاعَهُ منه عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ هذا بَيْعٌ اسْتَجْمَعَ شَرَائِطَ جَوَازِهِ وَخَلَا عن الشُّرُوطِ الْمُفْسِدَةِ إيَّاهُ فَلَا مَعْنَى لِلْحُكْمِ بِفَسَادِهِ كما إذَا اشْتَرَاهُ بَعْدَ نَقْدِ الثَّمَنِ
وَلَنَا ما رُوِيَ أَنَّ امْرَأَةً جَاءَتْ إلَى سَيِّدَتِنَا عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها وَقَالَتْ إنِّي ابْتَعْتُ

خَادِمًا من زَيْدِ بن أَرْقَمَ بِثَمَانِمِائَةٍ ثُمَّ بِعْتُهَا منه بِسِتِّمِائَةٍ فقالت سَيِّدَتُنَا عَائِشَةُ رضي اللَّهُ عنها بِئْسَ ما شَرَيْتِ وَبِئْسَ ما اشْتَرَيْتِ
أبلغني (((أبلغي))) زَيْدًا أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قد أَبْطَلَ جِهَادَهُ مع رسول اللَّهِ إنْ لم يَتُبْ
وَوَجْهُ الِاسْتِدْلَالِ بِهِ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أنها أَلْحَقَتْ بِزَيْدٍ وَعِيدًا لَا يُوقَفُ عليه بِالرَّأْيِ وهو بُطْلَانُ الطَّاعَةِ بِمَا سِوَى الرِّدَّةِ فَالظَّاهِرُ أنها قَالَتْهُ سَمَاعًا من رسول اللَّهِ وَلَا يَلْتَحِقُ الْوَعِيدُ إلَّا بِمُبَاشَرَةِ الْمَعْصِيَةِ فَدَلَّ على فَسَادِ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ مَعْصِيَةٌ
وَالثَّانِي أنها رضي اللَّهُ عنها سَمَّتْ ذلك بَيْعَ سُوءٍ وَشِرَاءَ سُوءٍ وَالْفَاسِدُ هو الذي يُوصَفُ بِذَلِكَ لَا الصَّحِيحُ وَلِأَنَّ في هذا الْبَيْعِ شُبْهَةَ الرِّبَا لِأَنَّ الثَّمَنَ الثَّانِي يَصِيرُ قِصَاصًا بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَبَقِيَ من الثَّمَنِ الْأَوَّلِ زِيَادَةٌ لَا يُقَابِلُهَا عِوَضٌ في عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ وهو تَفْسِيرُ الرِّبَا إلَّا أَنَّ الزِّيَادَةَ ثَبَتَتْ بِمَجْمُوعِ الْعَقْدَيْنِ فَكَانَ الثَّابِتُ بِأَحَدِهِمَا شُبْهَةَ الرِّبَا وَالشُّبْهَةُ في هذا الْبَابِ مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ بِخِلَافِ ما إذَا نَقَدَ الثَّمَنَ لِأَنَّ الْمُقَاصَّةَ لَا تَتَحَقَّقُ بَعْدَ الثَّمَنِ فَلَا تَتَمَكَّنُ الشُّبْهَةُ بِالْعَقْدِ وَلَوْ نقد (((نقدا))) الثَّمَنَ كُلَّهُ إلَّا شيئا قَلِيلًا فَهُوَ على الْخِلَافِ
وَلَوْ اشْتَرَى ما بَاعَ بِمِثْلِ ما بَاعَ قبل نَقْدِ الثَّمَنِ جَازَ بالإجاع (((بالإجماع))) لِانْعِدَامِ الشُّبْهَةِ وَكَذَا لو اشْتَرَاهُ بِأَكْثَرَ مِمَّا بَاعَ قبل نَقْدِ الثَّمَنِ وَلِأَنَّ فَسَادَ الْعَقْدِ مَعْدُولٌ بِهِ عن الْقِيَاسِ وَإِنَّمَا عَرَفْنَاهُ بِالْأَثَرِ وَالْأَثَرُ جاء في الشِّرَاءِ بِأَقَلَّ من الثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَبَقِيَ ما وَرَاءَهُ على أَصْلِ الْقِيَاسِ
هذا إذَا اشْتَرَاهُ بِجِنْسِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَإِنْ اشْتَرَاهُ بِخِلَافِ الْجِنْسِ جَازَ لِأَنَّ الرِّبَا لَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ إلَّا في الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ خَاصَّةً اسْتِحْسَانًا
وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ حَقِيقَةً فَالْتَحَقَا بِسَائِرِ الْأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُمَا في الثَّمَنِيَّةِ كَجِنْسٍ وَاحِدٍ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا بِمَجْمُوعِ الْعَقْدَيْنِ فَكَانَ في الْعَقْدِ الثَّانِي شُبْهَةُ الرِّبَا وَهِيَ الرِّبَا من وَجْهٍ وَلَوْ تَعَيَّبَ الْمَبِيعُ في يَدِ الْمُشْتَرِي فَبَاعَهُ من بَائِعِهِ بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَهُ جَازَ لِأَنَّ نُقْصَانَ الثَّمَنِ

يَكُونُ بِمُقَابَلَةِ نُقْصَانِ الْعَيْبِ فَيَلْتَحِقُ النُّقْصَانُ بِالْعَدَمِ كَأَنَّهُ بَاعَهُ بِمِثْلِ ما اشْتَرَاهُ فَلَا تَتَحَقَّقُ شُبْهَةُ الرِّبَا
وَلَوْ خَرَجَ الْمَبِيعُ من مِلْكِ الْمُشْتَرِي فَاشْتَرَاهُ الْبَائِعُ من الْمَالِكِ الثَّانِي بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَهُ قبل نَقْدِ الثَّمَنِ جَازَ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الْمِلْكِ بِمَنْزِلَةِ اخْتِلَافِ الْعَيْنِ فَيَمْنَعُ تَحَقُّقَ الرِّبَا وَلَوْ مَاتَ الْمُشْتَرِي فَاشْتَرَاهُ الْبَائِعُ من وَارِثِهِ بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَ قبل نَقْدِ الثَّمَنِ لم يَجُزْ لِأَنَّ الْمِلْكَ هُنَاكَ لم يَخْتَلِفْ وَإِنَّمَا قام الْوَارِثُ مَقَامَ الشتري (((المشتري))) بِدَلِيلِ أَنَّهُ يُرَدُّ بِالْعَيْبِ وَيَرِدُ عليه
وَكَذَا لو كان الْمَبِيعُ جَارِيَةً فَاسْتَوْلَدَهَا الْوَارِثُ أو كان دَارًا فَبَنَى عليها ثُمَّ وَرَدَ الِاسْتِحْقَاقُ فَأَخَذَ منه قِيمَةَ الْوَلَدِ وَنَقَضَ عليه الْبِنَاءَ كان لِلْوَارِثِ أَنْ يَرْجِعَ على بَائِعِ الْمُوَرَّثِ بِقِيمَةِ الْوَلَدِ وَقِيمَةِ الْبِنَاءِ كما كان يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي لو كان حَيًّا لِأَنَّ الْوَارِثَ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُشْتَرِي فَكَانَ الشِّرَاءُ منه بِمَنْزِلَةِ الشِّرَاءِ من الْمُشْتَرِي فَرْقٌ بين هذا وَبَيْنَ ما إذَا مَاتَ الْبَائِعُ فَاشْتَرَى وَارِثُهُ من الْمُشْتَرِي بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَ قبل نَقْدِ الثَّمَنِ أَنَّهُ يَجُوزُ إذَا كان الْوَارِثُ مِمَّنْ تَجُوزُ شَهَادَتُهُ لِلْبَائِعِ في حَالِ حَيَاتِهِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْوَارِثَ يَقُومُ مَقَامَ الْمُوَرِّثِ فِيمَا وَرِثَهُ وَوَارِثُ الْمُشْتَرِي وَرِثَ عَيْنَ الْمَبِيعِ فَقَامَ مَقَامَهُ في عَيْنِهِ فَكَانَ الشِّرَاءُ منه كَالشِّرَاءِ من الْمُشْتَرِي فلم يَجُزْ وَوَارِثُ الْبَائِعِ وُرِّثَ الثَّمَنُ وَالثَّمَنُ في ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي وما عُيِّنَ في ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي لَا يَحْتَمِلُ الْإِرْثَ فلم يَكُنْ ذلك عَيْنَ ما وَرِثَهُ عن الْبَائِعِ فلم يَكُنْ وَارِثُ الْبَائِعِ مقامه فِيمَا وَرِثَهُ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الشِّرَاءُ من وَارِثِ الْبَائِعِ كما لَا يَجُوزُ الشِّرَاءُ من وَارِثِ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْوَارِثَ خَلَفَ الْمُوَرِّثَ فَالْمُشْتَرِي قَائِمٌ مَقَامَهُ كَأَنَّهُ هو
وَلَوْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي ممن غَيْرِهِ فَعَادَ الْمَبِيعُ إلَى مِلْكِهِ فشتراه (((فاشتراه))) بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَ فَهَذَا لَا يَخْلُو إمَّا إنْ عَادَ إلَيْهِ بِمِلْكٍ جَدِيدٍ وَإِمَّا إنْ عَادَ إلَيْهِ على حُكْمِ الْمِلْكِ الْأَوَّلِ فَإِنْ عَادَ إلَيْهِ بِمِلْكٍ جَدِيدٍ كَالشِّرَاءِ وَالْهِبَةِ وَالْمِيرَاثِ وَالْإِقَالَةِ قبل الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ بِغَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي وَنَحْوِ ذلك من أَسْبَابِ تَجْدِيدِ الْمِلْكِ جَازَ الشِّرَاءُ منه بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَ لِأَنَّ اخْتِلَافَ الْمِلْكِ بِمَنْزِلَةِ اخْتِلَافِ الْعَيْنِ
وَإِنْ عَادَ إلَيْهِ على حُكْمِ الْمِلْكِ الْأَوَّلِ كَالرَّدِّ بِخِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالرَّدِّ بِخِيَارِ الشَّرْطِ قبل الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي وَبِغَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي وَالرَّدِّ بِخِيَارِ الْعَيْبِ قبل الْقَبْضِ بِقَضَاءِ الْقَاضِي وَبِغَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي وَبَعْدَ الْقَبْضِ بِقَضَاءِ الْقَاضِي لَا يَجُوزُ الشِّرَاءُ منه بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَ لِأَنَّ الرَّدَّ في هذه الْمَوَاضِعِ يَكُونُ فَسْخًا وَالْفَسْخُ يَكُونُ رَفْعًا من الْأَصْلِ وَإِعَادَةً إلَى قَدِيمِ الْمِلْكِ كَأَنَّهُ لم يَخْرُجْ عن مِلْكِهِ أَصْلًا وَلَوْ كان كَذَلِكَ لَكَانَ لَا يَجُوزُ له الشِّرَاءُ فَكَذَا هذا
وَلَوْ لم يَشْتَرِهِ الْبَائِعُ لَكِنْ اشْتَرَاهُ بَعْضُ من لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ له كَالْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودِينَ وَالزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ

لَا يَجُوزُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ كما لَا يَجُوزُ من الْبَائِعِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَجُوزُ كما يَجُوزُ من الْأَجْنَبِيِّ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أن كُلَّ وَاحِدٍ منها (((منهما))) أَجْنَبِيٌّ عن مِلْكِ صَاحِبِهِ لِانْفِصَالِ مِلْكِهِ عن مِلْكِ صَاحِبِهِ فَيَقَعُ عَقْدُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا له لَا لِصَاحِبِهِ كَسَائِرِ الْأَجَانِبِ ثُمَّ شِرَاءُ الْأَجْنَبِيِّ لِنَفْسِهِ جَائِزٌ فَكَذَا شِرَاؤُهُ لِصَاحِبِهِ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَبِيعُ بِمَالِ صَاحِبِهِ عَادَةً حتى لَا تُقْبَلَ شَهَادَةُ أَحَدِهِمَا لِصَاحِبِهِ فَكَانَ مَعْنَى مِلْكِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَابِتًا لِصَاحِبِهِ فَكَانَ عَقْدُهُ وَاقِعًا لِصَاحِبِهِ من وَجْهٍ فَيُؤَثِّرُ في فَسَادِ الْعَقْدِ احْتِيَاطًا في بَابِ الرِّبَا

وَلَوْ بَاعَ الْمَوْلَى ثُمَّ اشْتَرَاهُ مُدَبَّرُهُ أو مُكَاتَبُهُ أو بَعْضُ مَمَالِيكِهِ وَلَا دَيْنَ عليه أو عليه دَيْنٌ بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَ الْمَوْلَى لَا يَجُوزُ كما لَا يَجُوزُ عن الْمَوْلَى وَكَذَا لو بَاعَ الْمُدَبَّرُ أو الْمُكَاتَبُ أو بَعْضُ مَمَالِيكِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ الْمَوْلَى لَا يَجُوزُ لِأَنَّ عَقْدَ هَؤُلَاءِ يَقَعُ لِلْمَوْلَى من وَجْهٍ

وَلَوْ كان وَكِيلًا فَبَاعَ وَاشْتَرَى بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَ قبل نَقْدِ الثَّمَنِ لَا يَجُوزُ كما لو بَاعَ وَاشْتَرَى الْمُوَكِّلُ لِنَفْسِهِ لِأَنَّ الْمَانِعَ تَمَكُّنُ شُبْهَةِ الرِّبَا وَأَنْ لَا يُفْصَلَ بين الْوَكِيلِ وَالْمُوَكِّلِ وَلِذَا سَيِّدَتُنَا عَائِشَةُ رضي اللَّهُ عنها لم تَسْتَفْسِرْ السَّائِلَةَ أنها مَالِكَةٌ أو وَكِيلَةٌ وَلَوْ كان الْحُكْمُ يَخْتَلِفُ لَاسْتَفْسَرَتْ

وَكَذَا لو بَاعَ الْوَكِيلُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ الْمُوَكِّلُ لم يَجُزْ لِأَنَّهُ لو اشْتَرَاهُ وَكِيلُهُ لم يَجُزْ فإذا اشْتَرَاهُ بِنَفْسِهِ أَوْلَى أَنْ لَا يَجُوزَ وَكَذَا لو بَاعَهُ الْوَكِيلُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بَعْضُ من لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْوَكِيلِ له أو بَعْضُ من لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْمُوَكِّلِ له لم يَجُزْ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ على ما مَرَّ

وَلَوْ بَاعَ ثُمَّ وَكَّلَ بِنَفْسِهِ إنْسَانًا بِأَنْ يَشْتَرِيَ له ذلك الشَّيْءَ بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَ قبل نَقْدِ الثَّمَنِ فَاشْتَرَاهُ الْوَكِيلُ فَهُوَ جَائِزٌ لِلْوَكِيلِ وَالثَّمَنَانِ يَلْتَقِيَانِ قِصَاصًا وَالزِّيَادَةُ من الثَّمَنِ الْأَوَّلِ لا تَطِيبُ لِلْبَائِعِ وَيَكُونُ مِلْكًا له وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ

وقال أبو يُوسُفَ التَّوْكِيلُ فَاسِدٌ وَيَكُونُ الْوَكِيلُ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ وقال مُحَمَّدٌ التَّوْكِيلُ صَحِيحٌ إلَّا أَنَّهُ إذَا اشْتَرَاهُ الْوَكِيلُ يَكُونُ مُشْتَرِيًا لِلْبَائِعِ شِرَاءً فَاسِدًا وَيَمْلِكُهُ الْبَائِعُ مِلْكًا فَاسِدًا وَهَذَا بِنَاءً على أَصْلٍ لهم فَأَصْلُ أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَنْظُرُ إلَى الْعَاقِدِ وَيَعْتَبِرُ أَهْلِيَّتَهُ وَلَا يَعْتَبِرُ أَهْلِيَّةَ من يَقَعُ له حُكْمُ الْعَقْدِ وَلِهَذَا قال إنَّ الْمُسْلِمَ إذَا كان وَكَّلَ ذِمِّيًّا بِشِرَاءِ الْخَمْرِ أو بَيْعِهَا أَنَّهُ يَجُوزُ

وَكَذَا الْمُحْرِمُ إذَا وَكَّلَ حَلَالًا بِبَيْعِ صَيْدٍ له أو بِشِرَاءِ صَيْدٍ جَازَ التَّوْكِيلُ عِنْدَهُ وَتُعْتَبَرُ أَهْلِيَّةُ الْوَكِيلِ

وَأَصْلُ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّهُمَا يَعْتَبِرَانِ أَهْلِيَّةَ الْعَقْدِ لِلْعَقْدِ وَالْمَعْقُودِ له جميعا حتى لم يَجُزْ التَّوْكِيلُ عِنْدَهُمَا في الْمَسْأَلَتَيْنِ إلَّا أَنَّ مُحَمَّدًا خَالَفَ أَبَا يُوسُفَ في هذه الْمَسْأَلَةِ وَتَرَكَ أَصْلَهُ حَيْثُ قال بِصِحَّةِ التَّوْكِيلِ ولم يَنْظُرْ إلَى الْمُوَكِّلِ

وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا وَكَّلَ الْمُسْلِمُ ذِمِّيًّا بِأَنْ يَشْتَرِيَ له من ذِمِّيٍّ عَبْدَهُ بِخَمْرٍ وَغَيْرِ ذلك الْعَبْدِ فَفَعَلَ الْوَكِيلُ صَحَّ الشِّرَاءُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَيَكُونُ الْعَبْدُ لِلْمُوَكِّلِ وَعَلَى الْوَكِيلِ لِلْبَائِعِ الْخَمْرُ وهو يَرْجِعُ بِقِيمَةِ الْخَمْرِ على مُوَكِّلِهِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ التَّوْكِيلُ فَاسِدٌ وَيَكُونُ الْوَكِيلُ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ التَّوْكِيلُ صَحِيحٌ وَيَكُونُ مُشْتَرِيًا لِلْمُوَكِّلِ شِرَاءً فَاسِدًا

وَلَوْ بَاعَ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ حَالَّةٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ مُؤَجَّلَةٍ فَالشِّرَاءُ فَاسِدٌ لِأَنَّهُ اشْتَرَى ما بَاعَ بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَ من حَيْثُ الْمَعْنَى لِأَنَّ الْحَالَّةَ خَيْرٌ من الْمُؤَجَّلَةِ

وَكَذَا لو بَاعَ بِأَلْفٍ مُؤَجَّلَةٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِأَلْفٍ مُؤَجَّلَةٍ إلَى أَبْعَدَ من ذلك الْأَجَلِ فَهُوَ فَاسِدٌ لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا بِأَلْفٍ وَقَبَضَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ اشْتَرَاهُ الْبَائِعُ وَعَبْدًا آخَرَ قبل نَقْدِ الثَّمَنِ فإن الثَّمَنَ يُقَسَّمُ عَلَيْهِمَا على قَدْرِ قيمتهما (((قيمتيهما)))

ثُمَّ يُنْظَرُ فَإِنْ كانت حِصَّةُ الْعَبْدِ الذي بَاعَهُ مِثْلَ ثَمَنِهِ أو أَكْثَرَ جَازَ الشِّرَاءُ فِيهِمَا جميعا أَمَّا في الذي لم يَبِعْهُ فَظَاهِرٌ وَكَذَا في الذي بَاعَهُ لِأَنَّهُ اشْتَرَى ما بَاعَ بِمِثْلِ ما بَاعَ أو بِأَكْثَرَ مِمَّا بَاعَ قبل نَقْدِ الثَّمَنِ وأنه جَائِزٌ
وَإِنْ كان أَقَلَّ من ثَمَنِهِ يَفْسُدُ الْبَيْعُ فيه وَلَا يَفْسُدُ في الْآخَرِ لِأَنَّ الْفَسَادَ لِكَوْنِهِ شِرَاءَ ما بَاعَ بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَ قبل نَقْدِ الثَّمَنِ وَذَلِكَ وُجِدَ في أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ وَهَذَا على أَصْلِهِمَا ظَاهِرٌ وَكَذَا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَفْسُدَ فِيهِمَا لِأَنَّ من أَصْلِهِ أَنَّ الصَّفْقَةَ مَتَى اشْتَمَلَتْ على أبدال وَفَسَدَتْ في بَعْضِهَا أَنْ يَتَعَدَّى الْفَسَادُ إلَى الْكُلِّ كما إذَا جَمَعَ بين حُرٍّ وَعَبْدٍ وَبَاعَهُمَا جميعا صَفْقَةً وَاحِدَةً وَإِنَّمَا لم يَفْسُدْ فِيهِمَا لِأَنَّ الْفَسَادَ هُنَاكَ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ لَمَّا جَمَعَ بين الْحُرِّ وَالْعَبْدِ وَبَاعَهُمَا صَفْقَةً وَاحِدَةً فَقَدْ جَعَلَ قَبُولَ الْعَقْدِ في أَحَدِهِمَا شَرْطًا لِقَبُولِ الْعَقْدِ في الْآخَرِ وَالْحُرُّ ليس بِمَحَلٍّ لِقَبُولِ الْعَقْدِ فيه بِيَقِينٍ فَلَا يَصِحُّ الْقَبُولُ فيه فَلَا يَصِحُّ في الْآخَرِ فلم يَنْعَقِدْ الْعَقْدُ أَصْلًا وَالْفَسَادُ هَهُنَا بِاعْتِبَارِ شِرَاءِ ما بَاعَ بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَ وَذَلِكَ وُجِدَ في أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ فَيَفْسُدُ في أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ لِأَنَّ الْأَصْلَ اقْتِصَارُ الْفَسَادِ على قَدْرِ الْمُفْسِدِ وَلِهَذَا لو جَمَعَ بَيْنَ عَبْدَيْنِ وَبَاعَ أَحَدَهُمَا إلَى الْحَصَادِ أو الدِّيَاسِ أَنَّ الْبَيْعَ يَفْسُدُ فِيمَا

في بَيْعِهِ أَجَلٌ وَلَا يَفْسُدُ في الْآخَرِ
وَكَذَا لو جَمَعَ بين قِنٍّ وَمُدَبَّرٍ وَبَاعَهُمَا صَفْقَةً وَاحِدَةً يَصِحُّ الْبَيْعُ في الْقِنِّ وَيَفْسُدُ في الْمُدَبَّرِ لِوُجُودِ الْمُفْسِدِ في أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ
كَذَا هذا
وَمِنْهَا قَبْضُ رَأْسِ الْمَالِ في بَيْعِ الدَّيْنِ بِالْعَيْنِ وهو السَّلَمُ وَالْكَلَامُ في السَّلَمِ في الْأَصْلِ في ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ أَحَدُهَا في بَيَانِ رُكْنِهِ
وَالثَّانِي في بَيَانِ شَرَائِطِ الرُّكْنِ
وَالثَّالِثُ في بَيَانِ ما يَجُوزُ من التَّصَرُّفِ في الْمُسْلَمِ فيه وما لَا يَجُوزُ
أَمَّا رُكْنُ السَّلَمِ فَهُوَ لَفْظُ السَّلَمِ وَالسَّلَفِ وَالْبَيْعِ بِأَنْ يَقُولَ رَبُّ السَّلَمِ أَسْلَمْتُ إلَيْكَ في كَذَا أو أَسْلَفْتُ لِأَنَّ السَّلَمَ وَالسَّلَفَ مُسْتَعْمَلَانِ بِمَعْنًى وَاحِدٍ يُقَالُ سَلَّفْتُ وَأَسْلَفْتُ وَأَسْلَمْتُ بِمَعْنًى وَاحِدٍ فإذا قال الْمُسْلَمُ إلَيْهِ قَبِلْتُ فَقَدْ تَمَّ الرُّكْنُ
وَكَذَا إذَا قال الْمُسْلَمُ إلَيْهِ بِعْتُ مِنْكَ كَذَا وَذَكَرَ شَرَائِطَ السَّلَمِ فقال رَبُّ السَّلَمِ قَبِلْتُ وَهَذَا قَوْلُ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ
وقال زُفَرُ لَا يَنْعَقِدُ إلَّا بِلَفْظِ السَّلَمِ لِأَنَّ الْقِيَاسَ أَنْ لَا يَنْعَقِدَ أَصْلًا لِأَنَّهُ بَيْعُ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَأَنَّهُ مَنْهِيٌّ عنه إلَّا أَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بِجَوَازِهِ بِلَفْظِ السَّلَمِ بِقَوْلِهِ وَرَخَّصَ في السَّلَمِ
وَلَنَا أَنَّ السَّلَمَ بَيْعٌ فَيَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْبَيْعِ وَالدَّلِيلُ على أَنَّهُ بَيْعٌ ما رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ نهى عن بَيْعِ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَرَخَّصَ في السَّلَمِ نهى عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عن بَيْعِ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ عَامًّا وَرَخَّصَ السَّلَمَ بِالرُّخْصَةِ فيه فَدَلَّ أَنَّ السَّلَمَ بَيْعُ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ لِيَسْتَقِيمَ تَخْصِيصُهُ عن عُمُومِ النَّهْيِ بِالتَّرَخُّصِ فيه فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ الرُّكْنِ فَهِيَ في الْأَصْلِ نَوْعَانِ نَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْعَقْدِ وَنَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى الْبَدَلِ

أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْعَقْدِ فَوَاحِدٌ وهو أَنْ يَكُونَ الْعَقْدُ بَاتًّا عَارِيًّا عن شَرْطِ الْخِيَارِ لِلْعَاقِدَيْنِ أو لِأَحَدِهِمَا لِأَنَّ جَوَازَ الْبَيْعِ مع شَرْطِ الْخِيَارِ في الْأَصْلِ ثَبَتَ مَعْدُولًا بِهِ عن الْقِيَاسِ لِأَنَّهُ شَرْطٌ يُخَالِفُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ بِثُبُوتِ الْحُكْمِ لِلْحَالِ وَشَرْطُ الْخِيَارِ يَمْنَعُ انْعِقَادَ الْعَقْدِ في حَقِّ الْحُكْمِ وَمِثْلُ هذا الشَّرْطِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ في الْأَصْلِ إلَّا أَنَّا عَرَفْنَا جَوَازَهُ بِالنَّصِّ وَالنَّصُّ وَرَدَ في بَيْعِ الْعَيْنِ فَبَقِيَ ما وَرَاءَهُ على أَصْلِ الْقِيَاسِ خُصُوصًا إذَا لم يَكُنْ في مَعْنَاهُ وَالسَّلَمُ ليس في مَعْنَى بَيْعِ الْعَيْنِ فِيمَا شُرِعَ له الْخِيَارُ لِأَنَّهُ شُرِعَ لِدَفْعِ الْغَبْنِ وَالسَّلَمُ مَبْنَاهُ على الْغَبْنِ وَوَكْسِ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ بَيْعُ الْمَفَالِيسِ فلم يَكُنْ في مَعْنَى مَوْرِدِ النَّصِّ فورد (((فورود))) النَّصِّ هُنَاكَ لَا يَكُونُ وُرُودًا هَهُنَا دَلَالَةً فَبَقِيَ الْحُكْمُ فيه لِلْقِيَاسِ وَلِأَنَّ قَبْضَ رَأْسِ الْمَالِ من شَرَائِطِ الصِّحَّةِ على ما نَذْكُرُهُ وَلَا صِحَّةَ لِلْقَبْضِ إلَّا في الْمِلْكِ وَخِيَارُ الشَّرْطِ يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْمِلْكِ فَيَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ بِخِلَافِ الْمُسْتَحِقِّ إنه لَا يُبْطِلُ السَّلَمَ حتى لو اسْتَحَقَّ رَأْسَ الْمَالِ وقد افْتَرَقَا عن الْقَبْضِ وَأَجَازَ الْمُسْتَحِقُّ فَالسَّلَمُ صَحِيحٌ لِأَنَّهُ لَمَّا أَجَازَ تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ صَحِيحًا من حِينِ وُجُودِهِ وَكَذَا الْقَبْضُ

إذا الْإِجَازَةُ اللَّاحِقَةُ بِمَنْزِلَةِ الْوَكَالَةِ السَّابِقَةِ وَبِخِلَافِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَالْعَيْبِ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْمِلْكِ فَلَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ

وَلَوْ أَبْطَلَ صَاحِبُ الْخِيَارِ خِيَارَهُ قبل الِافْتِرَاقِ بِأَبْدَانِهِمَا وَرَأْسُ الْمَالِ قَائِمٌ في يَدِ الْمُسْلَمِ إلَيْهِ يَنْقَلِبُ الْعَقْدُ جَائِزًا عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ

وقد مَرَّتْ الْمَسْأَلَةُ

وَإِنْ كان هَالِكًا أو مُسْتَهْلَكًا لَا يَنْقَلِبُ إلَى الْجَوَازِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ يَصِيرُ دَيْنًا على الْمُسْلَمِ إلَيْهِ وَالسَّلَمُ لَا يَنْعَقِدُ بِرَأْسِ مَالِ دَيْنٍ فَلَا يَنْعَقِدُ عليه أَيْضًا

وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْبَدَلِ فَأَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ نَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى رَأْسِ الْمَالِ خَاصَّةً وَنَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى الْمُسْلَمِ فيه خَاصَّةً

وَنَوْعٌ يَرْجِعُ إلَيْهِمَا جميعا

أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى رَأْسِ الْمَالِ فَأَنْوَاعٌ منها بَيَانُ جِنْسِهِ كَقَوْلِنَا دَرَاهِمُ أو دَنَانِيرُ أو حِنْطَةٌ أو تَمْرٌ وَمِنْهَا بَيَانُ نَوْعِهِ إذَا كان في الْبَلَدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ كَقَوْلِنَا دَرَاهِمُ فَتْحِيَّةٌ أو دَنَانِيرُ نَيْسَابُورِيَّةٌ أو حِنْطَةٌ سَقِيَّةٌ أو تَمْرٌ بَرْنِيٌّ

وَمِنْهَا بَيَانُ صِفَتِهِ كَقَوْلِنَا جَيِّدٌ أو وَسَطٌ أو رَدِيءٌ لِأَنَّ جَهَالَةَ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالصِّفَةِ مُفْضِيَةٌ إلَى الْمُنَازَعَةِ وأنها مَانِعَةٌ صِحَّةَ الْبَيْعِ لِمَا ذَكَرْنَا من الْوُجُوهِ فِيمَا تَقَدَّمَ وَمِنْهَا بَيَانُ قَدْرِهِ إذَا كان مِمَّا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِقَدْرِهِ من الميكلات (((المكيلات))) وَالْمَوْزُونَاتِ وَالْمَعْدُودَاتِ الْمُتَقَارِبَةِ وَلَا يكتفي بِالْإِشَارَةِ إلَيْهِ وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَسُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ وَأَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ

وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ليس بِشَرْطٍ وَالتَّعْيِينُ بِالْإِشَارَةِ كَافٍ وهو أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَلَوْ كان رَأْسُ الْمَالِ مِمَّا لَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِقَدْرِهِ من الذرعيات وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ لَا يُشْتَرَطُ إعْلَامُ قَدْرِهِ ويكتفي بِالْإِشَارَةِ بِالْإِجْمَاعِ وَكَذَا إعْلَامُ قَدْرِ الثَّمَنِ في بَيْعِ الْعَيْنِ ليس بِشَرْطٍ وَالْإِشَارَةُ كَافِيَةٌ بِالْإِجْمَاعِ وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ إذَا قال أَسْلَمْتُ إلَيْكَ هذه الدَّرَاهِمَ أو هذه الدَّنَانِيرَ وَلَا يُعْرَفُ وَزْنُهَا أو هذه الصُّبْرَةَ ولم يُعْرَفْ كَيْلُهَا لَا يَجُوزُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ وَلَوْ قال

أَسْلَمْتُ إلَيْكَ هذا الثَّوْبَ ولم يُعْرَفْ ذَرْعُهُ أو هذا الْقَطِيعَ من الْغَنَمِ ولم يُعْرَفْ عَدَدُهُ جَازَ بِالْإِجْمَاعِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْحَاجَةَ إلَى تَعْيِينِ رَأْسِ الْمَالِ وَأَنَّهُ حَصَلَ بِالْإِشَارَةِ إلَيْهِ فَلَا حَاجَةَ إلَى إعْلَامِ قَدْرِهِ وَلِهَذَا لم يُشْتَرَطْ إعْلَامُ قَدْرِ الثَّمَنِ في بَيْعِ الْعَيْنِ وَلَا في السَّلَمِ إذَا كان رَأْسُ الْمَالِ مِمَّا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ بِقَدْرِهِ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ جَهَالَةَ قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ تُؤَدِّي إلَى جَهَالَةِ قَدْرِ الْمُسْلَمِ فيه وَأَنَّهَا مُفْسِدَةٌ لِلْعَقْدِ فَيَلْزَمُ إعْلَامُ قَدْرِهِ صِيَانَةً لِلْعَقْدِ عن الْفَسَادِ ما أَمْكَنَ كما إذَا أَسْلَمَ في الْمَكِيلِ بِمِكْيَالِ نَفْسِهِ بِعَيْنِهِ

وَدَلَالَةً أنها تُؤَدِّي إلَى ما قُلْنَا أن الدَّرَاهِمَ على ما عليه الْعَادَةُ لَا تَخْلُو عن قَلِيلِ زَيْفٍ وقد ورد (((يرد))) الِاسْتِحْقَاقُ على بَعْضِهَا فإذا رَدَّ الزَّائِفَ ولم يَسْتَبْدِلْ في مَجْلِسِ الرَّدِّ ولم يتجرز (((يتجوز))) الْمُسْتَحَقُّ يَنْفَسِخُ السَّلَمُ في الْمُسْلَمِ فيه بِقَدْرِ الْمَرْدُودِ وَالْمُسْتَحَقِّ وَيَبْقَى في الْبَاقِي وَذَلِكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَيَصِيرُ الْمُسْلَمُ فيه مَجْهُولَ الْقَدْرِ وَلِهَذَا لم يَصِحَّ السَّلَمُ في الْمَكِيلَاتِ بِقَفِيزٍ بِعَيْنِهِ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ هَلَاكَ الْقَفِيزِ فَيَصِيرُ الْمُسْلَمُ فيه مَجْهُولَ الْقَدْرِ فلم يَصِحَّ كَذَا هذا بِخِلَافِ بَيْعِ الْعَيْنِ فإن الزَّيْفَ وَالِاسْتِحْقَاقَ هُنَاكَ لَا يُؤَثِّرُ في الْعَقْدِ لِأَنَّ قَبْضَ الثَّمَنِ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ وَبِخِلَافِ الثِّيَابِ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ لِأَنَّ الْقَدْرَ فِيها مُلْحَقٌ بِالصِّفَةِ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو قال أَسْلَمْتُ إلَيْكَ هذا الثَّوْبَ على أَنَّهُ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ فَوَجَدَهُ الْمُسْلَمُ إلَيْهِ أَحَدَ عَشَرَ سُلِّمَتْ الزِّيَادَةُ له فَثَبَتَ أَنَّ الزِّيَادَةَ فيها تَجْرِي مَجْرَى الصِّفَةِ وَإِعْلَامُ صِفَةِ رَأْسِ الْمَالِ ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ السَّلَمِ إذَا كان مُعَيَّنًا مُشَارًا إلَيْهِ

وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا كان رَأْسُ الْمَالِ جِنْسًا وَاحِدًا مِمَّا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ على قَدْرِهِ فَأَسْلَمَهُ في جِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ أو نَوْعَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ من جِنْسٍ وَاحِدٍ كَالْهَرَوِيِّ وَالْمَرْوِيِّ ولم يُبَيِّنْ حِصَّةَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَالسَّلَمُ فَاسِدٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا جَائِزٌ وَلَوْ كان جِنْسًا وَاحِدًا مِمَّا لَا يَتَعَلَّقُ الْعَقْدُ على قَدْرِهِ كَالثَّوْبِ وَالْعَدَدِيِّ الْمُتَفَاوِتِ فَأَسْلَمَهُ في شَيْئَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ولم يُبَيِّنْ حِصَّةَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا من ثَمَنِ رَأْسِ الْمَالِ فَالثَّمَنُ جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ

وَلَوْ كان رَأْسُ الْمَالِ من جِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ أو نَوْعَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ فَأَسْلَمَهُمَا في جِنْسٍ وَاحِدٍ فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ

وَالْكَلَامُ في هذه الْمَسْأَلَةِ بِنَاءً على الْأَصْلِ الذي ذَكَرْنَا أَنَّ كَوْنَ رَأْسِ الْمَالِ مَعْلُومَ الْقَدْرِ شَرْطٌ لِصِحَّةِ السَّلَمِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا ليس بِشَرْطٍ

وَوَجْهُ الْبِنَاءِ على هذا الْأَصْلِ أَنَّ إعْلَامَ الْقَدْرِ لَمَّا كان شَرْطًا عِنْدَهُ فإذا كان رَأْسُ الْمَالِ وَاحِدًا وَقُوبِلَ بِشَيْئَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ كان انْقِسَامُهُ عَلَيْهِمَا من حَيْثُ الْقِيمَةُ لَا من حَيْثُ الْأَجْزَاءُ وَحِصَّةُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا من رَأْسِ الْمَالِ لَا تُعْرَفُ إلَّا بِالْحَزْرِ وَالظَّنِّ فَيَبْقَى قَدْرُ حِصَّةِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا من رَأْسِ الْمَالِ مَجْهُولًا وَجَهَالَةُ قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ مُفْسِدَةٌ لِلسَّلَمِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا إعْلَامُ قَدْرِهِ ليس بِشَرْطٍ فَجَهَالَتُهُ لَا تَكُونُ ضَارَّةً وَلَوْ أَسْلَمَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ في ثَوْبَيْنِ جِنْسُهُمَا وَاحِدٌ وَنَوْعُهُمَا وَاحِدٌ وَصِفَتُهُمَا وَاحِدَةٌ وَطُولُهُمَا وَاحِدٌ ولم يُبَيِّنْ حِصَّةَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا من الْعَشَرَةِ فَالسَّلَمُ جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ لِأَنَّ إعْلَامَ قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ ليس بِشَرْطٍ

وَأَمَّا عِنْدَهُ فَلِأَنَّ حِصَّةَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا من رَأْسِ الْمَالِ تُعْرَفُ من غَيْرِ حَزْرٍ وَظَنٍّ فَكَانَ قَدْرُ رَأْسِ الْمَالِ مَعْلُومًا وَصَارَ كما إذَا أَسْلَمَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ في

قَفِيزَيْ حِنْطَةٍ ولم يُبَيِّنْ حِصَّةَ كل قَفِيزٍ من رَأْسِ الْمَالِ أَنَّهُ يَجُوزُ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا
وَلَوْ قَبَضَ الثَّوْبَيْنِ بَعْدَ مَحَلِّ الْأَجَلِ ليس له أَنْ يَبِيعَ أَحَدَهُمَا مُرَابَحَةً على خَمْسَةِ دَرَاهِمَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ له ذلك وَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُمَا جميعا مُرَابَحَةً على عَشَرَةٍ بِالْإِجْمَاعِ وَكَذَا لو كان بين حِصَّةِ كل ثَوْبٍ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ له أَنْ يَبِيعَ أَحَدَهُمَا على خَمْسَةٍ مُرَابَحَةً بِلَا خِلَافٍ وَنَذْكُرُ دَلَائِلَ هذه الْجُمْلَةِ في مَسَائِلِ الْمُرَابَحَةِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَقْبُوضًا في مَجْلِسِ السَّلَمِ لِأَنَّ الْمُسْلَمَ فيه دَيْنٌ وَالِافْتِرَاقُ لَا عن قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ يَكُونُ افْتِرَاقًا عن دَيْنٍ بِدَيْنٍ وأنه مَنْهِيٌّ عنه لِمَا رُوِيَ أَنْ رَسُولَ اللَّهِ نهى عن بَيْعِ الكالىء (((الكالئ))) بالكالىء (((بالكالئ))) أَيْ النَّسِيئَةِ بِالنَّسِيئَةِ وَلِأَنَّ مَأْخَذَ هذا الْعَقْدِ دَلِيلٌ على هذا الشَّرْطِ فإنه يُسَمَّى سَلَمًا وَسَلَفًا لُغَةً وَشَرْعًا تَقُولُ الْعَرَبُ أَسْلَمْتُ وَأَسْلَفْتُ بِمَعْنًى وَاحِدٍ وفي الحديث من أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ في كَيْلٍ مَعْلُومٍ
وروى من أسلف (((سلف))) فَلْيُسَلِّفْ في كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَالسَّلَمُ ينبىء عن التَّسْلِيمِ وَالسَّلَفُ ينبىء عن التَّقَدُّمِ فَيَقْتَضِي لُزُومَ تَسْلِيمِ رَأْسِ الْمَالِ وَيُقَدَّمُ قَبْضُهُ على قَبْضِ الْمُسْلَمِ فيه فَإِنْ قِيلَ شَرْطُ الشَّيْءِ يَسْبِقُهُ أو يُقَارِنُهُ وَالْقَبْضُ يَعْقُبُ الْعَقْدَ فَكَيْفَ يَكُونُ شَرْطًا فَالْجَوَابُ أَنَّ الْقَبْضَ شَرْطُ بَقَاءِ الْعَقْدِ على الصِّحَّةِ لَا شَرْطُ الصِّحَّةِ فإن الْعَقْدَ يَنْعَقِدُ صَحِيحًا بِدُونِ قَبْضٍ ثُمَّ يَفْسُدُ بِالِافْتِرَاقِ لَا عن قَبْضٍ وَبَقَاءُ الْعَقْدِ صَحِيحًا يَعْقُبُ

الْعَقْدَ وَلَا يَتَقَدَّمُهُ فَيَصْلُحُ الْقَبْضُ شَرْطًا له وَسَوَاءٌ كان رَأْسُ الْمَالِ دَيْنًا أو عَيْنًا عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ اسْتِحْسَانًا
وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يُشْتَرَطَ قَبْضُهُ في الْمَجْلِسِ إذَا كان عَيْنًا وهو قَوْلُ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ اشْتِرَاطَ الْقَبْضِ لِلِاحْتِرَازِ عن الِافْتِرَاقِ عن دَيْنٍ بِدَيْنٍ وَهَذَا افْتِرَاقٌ عن عَيْنٍ بِدَيْنٍ وأنه جَائِزٌ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ يَكُونُ دَيْنًا عَادَةً وَلَا تُجْعَلُ الْعَيْنُ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ إلَّا نَادِرًا وَالنَّادِرُ حُكْمُهُ حُكْمُ الغالب (((الغائب))) فَيَلْحَقُ بِالدَّيْنِ على ما هو الْأَصْلُ في الشَّرْعِ في إلْحَاقِ الْمُفْرَدِ بِالْجُمْلَةِ وَلِأَنَّ مَأْخَذَ الْعَقْدِ في الدَّلَالَةِ على اعْتِبَارِ هذا الشَّرْطِ لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ بين الدَّيْنِ وَالْعَيْنِ على ما ذَكَرْنَا وَسَوَاءٌ قَبَضَ في أَوَّلِ الْمَجْلِسِ أو في آخِرِهِ فَهُوَ جَائِزٌ لِأَنَّ سَاعَاتِ الْمَجْلِسِ لها حُكْمُ سَاعَةٍ وَاحِدَةٍ وَكَذَا لو لم يَقْبِضْ حتى قَامَا يَمْشِيَانِ فَقَبَضَ قبل أَنْ يَفْتَرِقَا بِأَبْدَانِهِمَا جَازَ لِأَنَّ ما قبل الِافْتِرَاقِ بِأَبْدَانِهِمَا له حُكْمُ الْمَجْلِسِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ الْإِبْرَاءُ عن رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بِدُونِ قَبُولِ رَبِّ السَّلَمِ لِأَنَّ قَبْضَ رَأْسِ الْمَالِ شَرْطُ صِحَّةِ السَّلَمِ فَلَوْ جَازَ الْإِبْرَاءُ من غَيْرِ قَبُولِهِ وَفِيهِ إسْقَاطُ هذا الشَّرْطِ أَصْلًا لَكَانَ الْإِبْرَاءُ فَسْخًا مَعْنًى وَأَحَدُ الْعَاقِدَيْنِ لَا يَنْفَرِدُ بِفَسْخِ الْعَقْدِ فَلَا يَصِحُّ الْإِبْرَاءُ وَبَقِيَ عَقْدُ السَّلَمِ على حَالِهِ
وإذا قَبِلَ جَازَ الْإِبْرَاءُ لِأَنَّ الْفَسْخَ حِينَئِذٍ يَكُونُ بِتَرَاضِيهِمَا وأنه جَائِزٌ وإذا جَازَ

الْإِبْرَاءُ وأنه في مَعْنَى الْفَسْخِ انْفَسَخَ الْعَقْدُ ضَرُورَةً بِخِلَافِ الْإِبْرَاءِ عن الْمُسْلَمِ فيه أَنَّهُ جَائِزٌ من غَيْرِ قَبُولِ الْمُسْلَمِ إلَيْهِ لِأَنَّهُ ليس في الْإِبْرَاءِ عنه إسْقَاطُ شَرْطٍ لِأَنَّ قَبْضَ الْمُسْلَمِ فيه ليس بِشَرْطٍ فَيَصِحُّ من غَيْرِ قَبُولٍ وَبِخِلَافِ الْإِبْرَاءِ عن ثَمَنِ الْمَبِيعِ أَنَّهُ يَصِحُّ من غَيْرِ قَبُولِ الْمُشْتَرِي إلَّا أَنَّهُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ لِأَنَّ قَبْضَ الثَّمَنِ ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْبَيْعِ إلَّا أَنَّهُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ لِأَنَّ في الْإِبْرَاءِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ على سَبِيلِ التَّبَرُّعِ فَلَا يَلْزَمُ دَفْعًا لِضَرَرِ الْمِنَّةِ وَلَا يَجُوزُ الْإِبْرَاءُ عن الْمَبِيعِ لِأَنَّهُ عَيْنٌ وَالْإِبْرَاءُ إسْقَاطٌ وَإِسْقَاطُ الْأَعْيَانِ لَا يُعْقَلُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ الِاسْتِبْدَالُ بِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ في مَجْلِسِ الْعَقْدِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وهو أَنْ يَأْخُذَ بِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ شيئا من غَيْرِ جِنْسِهِ لِأَنَّ قَبْضَ رَأْسِ الْمَالِ لَمَّا كان شَرْطًا فَبِالِاسْتِبْدَالِ يَفُوتُ قَبْضُهُ حَقِيقَةً وَإِنَّمَا يُقْبَضُ بَدَلُهُ وَبَدَلُ الشَّيْءِ غَيْرُهُ
وَكَذَلِكَ الِاسْتِبْدَالُ بِبَدَلِ الصَّرْفِ لِمَا قُلْنَا فَإِنْ أعطى رَبُّ السَّلَمِ من جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ أَجْوَدَ أو أَرْدَأَ وَرَضِيَ الْمُسْلَمُ إلَيْهِ بالأردأ جَازَ لِأَنَّهُ قَبَضَ جِنْسَ حَقِّهِ وَإِنَّمَا اخْتَلَفَ الْوَصْفُ فَإِنْ كان أَجْوَدَ فَقَدْ قَضَى حَقَّهُ وَأَحْسَنَ في الْقَضَاءِ وَإِنْ كان أَرْدَأَ فَقَدْ قَضَى حَقَّهُ أَيْضًا لَكِنْ على وَجْهِ النُّقْصَانِ فَلَا يَكُونُ أَخْذُ الْأَجْوَدِ والأردأ اسْتِبْدَالًا إلَّا أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ على أَخْذِ الأردأ لِأَنَّ فيه فَوَاتَ حَقِّهِ عن صِفَةِ الْجَوْدَةِ فَلَا بُدَّ من رِضَاهُ وَهَلْ يُجْبَرُ على الْأَخْذِ إذَا أَعْطَاهُ أَجْوَدَ من حَقِّهِ قال عُلَمَاؤُنَا الثَّلَاثَةُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ يُجْبَرُ عليه وقال زُفَرُ لَا يُجْبَرُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أن رَبَّ السَّلَمِ في إعْطَاءِ الزِّيَادَةِ على حَقِّهِ مُتَبَرِّعٌ وَالْمُتَبَرَّعُ عليه لَا يُجْبَرُ على قَبُولِ التَّبَرُّعِ لِمَا فيه من إلْزَامِ الْمِنَّةِ فَلَا يَلْزَمُهُ من غَيْرِ الْتِزَامِهِ وَلَنَا أَنَّ إعْطَاءَ الْأَجْوَدِ مَكَانَ الْجَيِّدِ في قَضَاءِ الدُّيُونِ لَا يُعَدُّ فَضْلًا وَزِيَادَةً في الْعَادَاتِ بَلْ يُعَدُّ من بَابِ الْإِحْسَانِ في الْقَضَاءِ ولو أحق الْإِيفَاءِ فإذا أَعْطَاهُ الْأَجْوَدَ فَقَدْ قَضَى حَقَّ صَاحِبِ الْحَقِّ وَأَجْمَلَ في الْقَضَاءِ فَيُجْبَرُ على الْأَخْذِ
وَأَمَّا الِاسْتِبْدَالُ بِالْمُسْلَمِ فيه بِجِنْسٍ آخَرَ فَلَا يَجُوزُ أَيْضًا لَكِنْ بِنَاءً على أَصْلٍ آخَرَ ذَكَرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ وهو أَنَّ السلم ((المسلم)) فيه مَبِيعٌ مَنْقُولٌ وَبَيْعُ الْمَبِيعِ الْمَنْقُولِ قبل الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ وَإِنْ أَعْطَى أَجْوَدَ أو أَرْدَأَ فَحُكْمُهُ حُكْمُ رَأْسِ الْمَالِ وقد ذكرنا ((ذكرناه))
وَأَمَّا اسْتِبْدَالُ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ بِجِنْسٍ آخَرَ بَعْدَ الْإِقَالَةِ أو بَعْدَ انْفِسَاخِ السَّلَمِ الْعَارِضِ فَلَا يَجُوزُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ وَيَجُوزُ اسْتِبْدَالُ بَدَلِ الصَّرْفِ بَعْدَ الْإِقَالَةِ بِالْإِجْمَاعِ وقد مَرَّ الْكَلَامُ فيه وَالْفَرْقُ فِيمَا تَقَدَّمَ وَتَجُوزُ الْحَوَالَةُ بِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ على رَجُلٍ حَاضِرٍ وَالْكَفَالَةُ بِهِ لِوُجُودِ رُكْنِ هذه الْعُقُودِ مع شَرَائِطِهِ فَيَجُوزُ كما في سَائِرِ الْعُقُودِ فَلَوْ امْتَنَعَ الْجَوَازُ فَإِنَّمَا يَمْتَنِعُ لِمَكَانِ الْخَلَلِ في شَرْطِ عَقْدِ السَّلَمِ وهو الْقَبْضُ وَهَذِهِ الْعُقُودُ لَا تُخِلُّ بهذا الشَّرْطِ بَلْ تُحَقِّقُهُ لِكَوْنِهَا وَسَائِلَ إلَى اسْتِيفَاءِ الْحَقِّ فَكَانَتْ مُؤَكِّدَةً له هذا مَذْهَبُ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ
وقال زُفَرُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ هذه الْعُقُودَ شُرِعَتْ لِتَوْثِيقِ حَقٍّ يَحْتَمِلُ التَّأَخُّرَ عن الْمَجْلِسِ فَلَا يَحْصُلُ ما شُرِعَ له الْعَقْدُ فَلَا يَصِحُّ وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ مَعْنَى التَّوْثِيقِ يَحْصُلُ في الْحَقَّيْنِ جميعا فَجَازَ الْعَقْدُ فِيهِمَا جميعا ثُمَّ إذَا جَازَتْ الْحَوَالَةُ وَالْكَفَالَةُ فَإِنْ قَبَضَ الْمُسْلَمُ إلَيْهِ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ من الْمُحَالِ عليه أو الْكَفِيلِ أو من رَبِّ السَّلَمِ فَقَدْ تَمَّ الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا إذَا كان ((كانا)) في الْمَجْلِسِ سَوَاءٌ بَقِيَ الْحَوِيلُ وَالْكَفِيلُ أو افْتَرَقَا بَعْدَ أَنْ كان الْعَاقِدَانِ في الْمَجْلِسِ وَإِنْ افْتَرَقَا الْعَاقِدَانِ بِأَنْفُسِهِمَا قبل الْقَبْضِ

بَطَلَ السَّلَمُ وَبَطَلَتْ الْحَوَالَةُ وَالْكَفَالَةُ وَإِنْ بَقِيَ الْمُحَالُ عليه وَالْكَفِيلُ في الْمَجْلِسِ فَالْعِبْرَةُ لِبَقَاءِ الْعَاقِدَيْنِ وَافْتِرَاقِهِمَا لَا لِبَقَاءِ الْحَوِيلِ وَالْكَفِيلِ وَافْتِرَاقِهِمَا لِأَنَّ الْقَبْضَ من حُقُوقِ الْعَقْدِ وَقِيَامُ الْعَقْدِ بِالْعَاقِدَيْنِ فَكَانَ الْمُعْتَبَرُ مَجْلِسَهُمَا

وَعَلَى هذا الْحَوَالَةُ وَالْكَفَالَةُ بِبَدَلِ الصَّرْفِ أَنَّهُمَا جَائِزَانِ لِمَا قُلْنَا لَكِنَّ التَّقَابُضَ من الْجَانِبَيْنِ قبل تَفَرُّقِ الْعَاقِدَيْنِ بِأَبْدَانِهِمَا شَرْطٌ وَافْتِرَاقُ الْمُحَالِ عليه وَالْكَفِيلِ لَا يَضُرُّ لِمَا ذَكَرْنَا فَإِنْ افْتَرَقَ الْعَاقِدَانِ بِأَبْدَانِهِمَا قبل التَّقَابُضِ من الْجَانِبَيْنِ بَطَلَ الصَّرْفُ وَبَطَلَتْ الْحَوَالَةُ وَالْكَفَالَةُ كما في السَّلَمِ

وَأَمَّا الرَّهْنُ بِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ فَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ وَقِيمَتُهُ مِثْلُ رَأْسِ الْمَالِ أو أَكْثَرُ فَقَدْ تَمَّ الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ حَصَلَ مُسْتَوْفِيًا لِرَأْسِ الْمَالِ لِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ قَبْضُ اسْتِيفَاءٍ لِأَنَّهُ قَبْضٌ مَضْمُونٌ وقد تَقَرَّرَ الضَّمَانُ بِالْهَلَاكِ وَعَلَى الرَّاهِنِ مِثْلُهُ من جِنْسِهِ في الْمَالِيَّةِ فَيَتَقَاصَّانِ فَحَصَلَ الِافْتِرَاقُ عن قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ فَتَمَّ عَقْدُ السَّلَمِ وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَقَلَّ من رَأْسِ الْمَالِ تَمَّ الْعَقْدُ بِقَدْرِهِ وَيَبْطُلُ في الْبَاقِي لِأَنَّهُ استوفي من رَأْسِ الْمَالِ بِقَدْرِهِ وَإِنْ لم يَهْلِكْ الرَّهْنُ حتى افْتَرَقَا بَطَلَ السَّلَمُ لِحُصُولِ الِافْتِرَاقِ لَا عن قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ وَعَلَيْهِ رَدُّ الرَّهْنِ على صَاحِبِهِ

وَكَذَا هذا الْحُكْمُ في بَدَلِ الصَّرْفِ إذَا أَخَذَ بِهِ رَهْنًا أَنَّهُ إنْ هَلَكَ الرَّهْنُ قبل افْتِرَاقِ الْعَاقِدَيْنِ بِأَبْدَانِهِمَا تَمَّ عَقْدُ الصَّرْفِ لِأَنَّهُ بِالْهَلَاكِ صَارَ مُسْتَوْفِيًا وَإِنْ لم يَهْلِكْ حتى افْتَرَقَا بَطَلَ الصَّرْفُ لِفَوَاتِ شَرْطِ الصِّحَّةِ وهو الْقَبْضُ كما في السَّلَمِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا كان رَأْسُ الْمَالِ دَيْنًا على الْمُسْلَمِ إلَيْهِ أو على غَيْرِهِ فَأَسْلَمَهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ ولم يُوجَدْ حَقِيقَةً فَيَكُونُ افْتِرَاقًا عن دَيْنٍ بِدَيْنٍ وأنه مَنْهِيٌّ فَإِنْ نَقَدَهُ في الْمَجْلِسِ جَازَ إنْ كان الدَّيْنُ على الْمُسْلَمِ إلَيْهِ وَلِأَنَّ الْمَانِعَ هَهُنَا ليس إلَّا انْعِدَامَ الْقَبْضِ حَقِيقَةً وقد زَالَ وَإِنْ كان على غَيْرِهِ لَا يَجُوزُ وَإِنْ نَقَدَهُ في الْمَجْلِسِ لَكِنْ هُنَاكَ مَانِعٌ آخَرُ وهو الْعَجْزُ عن التَّسْلِيمِ لِأَنَّ ما في ذِمَّةِ الْغَيْرِ لَا يَكُونُ مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ وَالْقُدْرَةُ على التَّسْلِيمِ عِنْدَ الْعَقْدِ من شَرَائِطِ الصِّحَّةِ على ما مَرَّ وَهَذَا الْمَانِعُ مُنْعَدِمٌ في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ ذِمَّةَ الْمُسْلَمِ إلَيْهِ في يَدِهِ فَكَانَ قَادِرًا على التَّسْلِيمِ عِنْدَ الْعَقْدِ وَإِنَّمَا لم يَجُزْ لِعَدَمِ الْقَبْضِ وإذا وُجِدَ جَازَ

وَلَوْ أَسْلَمَ دَيْنًا وَعَيْنًا وَافْتَرَقَا جَازَ في حِصَّةِ الْعَيْنِ وَبَطَلَ في حِصَّةِ الدَّيْنِ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الْفَسَادَ بِقَدْرِ الْمُفْسِدِ وَالْمُفْسِدُ عَدَمُ الْقَبْضِ وأنه يَخُصُّ الدَّيْنَ فَيَفْسُدُ السَّلَمُ بِقَدْرِهِ كما لو اشْتَرَى عَبْدَيْنِ ولم يَقْبِضْهُمَا حتى هَلَكَ أَحَدُهُمَا قبل الْقَبْضِ أَنَّهُ يَبْطُلُ الْعَقْدُ في الْهَالِكِ وَيَبْقَى في الْآخَرِ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا قَبَضَ رَأْسَ الْمَالِ ثُمَّ انْتَقَضَ الْقَبْضُ فيه بِمَعْنًى أَوْجَبَ انْتِقَاضَهُ أَنَّهُ يَبْطُلُ السَّلَمُ

وَبَيَانُ ذلك أَنَّ جُمْلَةَ رَأْسِ الْمَالِ لَا تَخْلُو أما أَنْ تَكُونَ عَيْنًا وهو ما يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وأما أَنْ تَكُونَ دَيْنًا وهو ما لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وَالْعَيْنُ لَا تَخْلُو أما أَنْ تُوجَدَ مُسْتَحَقًّا أو مَعِيبًا وَالدَّيْنُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يُوجَدَ مُسْتَحَقًّا أو زُيُوفًا أو نبهرجة (((نبهرجة))) أو سُتُّوقًا أو رَصَاصًا

وَكُلُّ ذلك لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ قبل الِافْتِرَاقِ أو بَعْدَهُ وُجِدَ كُلُّهُ كَذَلِكَ أو بَعْضُهُ

دُونَ بَعْضٍ
وَكَذَلِكَ أَحَدُ الْمُتَصَارِفَيْنِ إذَا وُجِدَ بَدَلُ الصَّرْفِ كَذَلِكَ فَهُوَ على التَّفَاصِيلِ التي ذَكَرْنَا فَإِنْ كان رَأْسُ الْمَالِ عَيْنًا فَوَجَدَهُ الْمُسْلَمُ إلَيْهِ مُسْتَحَقًّا أو مَعِيبًا فَإِنْ لم يُجِزْ الْمُسْتَحِقُّ ولم يَرْضَ الْمُسْلَمُ إلَيْهِ بِالْعَيْبِ يَبْطُلُ السَّلَمُ سَوَاءٌ كان بَعْدَ الِافْتِرَاقِ أو قَبْلَهُ لِأَنَّهُ انْتَقَضَ الْقَبْضُ فيه بِالِاسْتِحْقَاقِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَلَا يُمْكِنُ إقَامَةُ غَيْرِهِ مَقَامَهُ في الْقَبْضِ لِأَنَّهُ مُعَيَّنٌ فَيَحْصُلُ الِافْتِرَاقُ لَا عن قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ في الْمَجْلِسِ فَيَبْطُلُ السَّلَمُ وَإِنْ أَجَازَ الْمُسْتَحِقُّ وَرَضِيَ الْمُسْلَمُ إلَيْهِ بِالْعَيْبِ جَازَ السَّلَمُ سَوَاءٌ كان قبل الِافْتِرَاقِ أو بَعْدَهُ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ قَبْضَهُ وَقَعَ صَحِيحًا فَحَصَلَ الِافْتِرَاقُ عن قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ أَوَّلًا وَلَا سَبِيلَ لِلْمُسْتَحِقِّ على الْمَقْبُوضِ لِأَنَّهُ لَمَّا أَجَازَ فَقَدْ صَارَ الْمَقْبُوضُ مِلْكًا لِلْمُسْلَمِ إلَيْهِ وَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ على النَّاقِدِ بمثله إنْ كان مِثْلِيًّا وَبِقِيمَتِهِ إنْ لم يَكُنْ مِثْلِيًّا لِأَنَّهُ أَتْلَفَ عليه مَالَهُ بِالتَّسْلِيمِ
وَكَذَا في الصَّرْفِ غير أَنَّ هُنَاكَ إذَا كان الْبَدَلُ الْمُسْتَحَقُّ أو الْمَعِيبُ عَيْنًا كَالتِّبْرِ وَالْمَصُوغِ من الْفِضَّةِ ولم يُجِزْ الْمُسْتَحِقُّ وَلَا رضي الْقَابِضُ بِالْمَعِيبِ حتى بَطَلَ الصَّرْفُ يُرْجَعُ على قَابِضِ الدِّينَارِ بِعَيْنِ الدِّينَارِ إنْ كان قَائِمًا وَبِمِثْلِهِ إنْ كان هَالِكًا وَلَا خِيَارَ لِقَابِضِ الدِّينَارِ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ كما في بَيْعِ الْعَيْنِ إذَا اُسْتُحِقَّ الْمَبِيعُ وَأَخَذَهُ الْمُسْتَحِقُّ وَلَوْ كان قَابِضُ الدِّينَارِ تَصَرَّفَ فيه وَأَخْرَجَهُ من مِلْكِهِ لَا يُفْسَخُ عليه تَصَرُّفُهُ وَعَلَيْهِ مِثْلُهُ كما في الْمَقْبُوضِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ
هذا إذَا كان رَأْسُ الْمَالِ عَيْنًا فَأَمَّا إذَا كان دَيْنًا فَإِنْ وَجَدَهُ مُسْتَحَقًّا وَأَجَازَ الْمُسْتَحِقُّ فَالسَّلَمُ مَاضٍ سَوَاءٌ كان قبل الِافْتِرَاقِ أو بَعْدَهُ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّ الْقَبْضَ كان صَحِيحًا وَلَا

سَبِيلَ لِلْمُشْتَرِي على الْمَقْبُوضِ وَيَرْجِعُ على النَّاقِدِ بمثله لِأَنَّهُ أَتْلَفَهُ بِالتَّسْلِيمِ وهو مِثْلِيٌّ فَيَرْجِعُ عليه بمثله وَإِنْ لم يُجِزْ فَإِنْ كان قبل الِافْتِرَاقِ وَاسْتُبْدِلَ في الْمَجْلِسِ فَالسَّلَمُ مَاضٍ لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ إذَا كان دَيْنًا كان الْوَاجِبُ في ذِمَّةِ رَبِّ السَّلَمِ مِثْلَ الْمُسْتَحَقِّ لَا عَيْنَهُ فَقَبْضُ الْمُسْتَحَقِّ أن لم يَصِحَّ أو انْتَقَضَ بِالِاسْتِحْقَاقِ وَعَدَمِ الْإِجَازَةِ يَقُومُ قَبْضُ مِثْلِهِ مَقَامَهُ فَيَرْجِعُ عليه بمثله وَيُلْحَقُ ذلك الذي كان بِالْعَدَمِ كَأَنَّهُ لم يَقْبِضْ وَأَخَّرَ الْقَبْضَ فيه إلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ بِخِلَافِ ما إذَا كان عَيْنًا لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ هُنَاكَ قَبْضُ الْعَيْنِ وقد انْتَقَضَ الْقَبْضُ فيه بِالِاسْتِحْقَاقِ وَتَعَذَّرَ إقَامَةُ قَبْضِ غَيْرِهِ مَقَامَهُ فَجُعِلَ الِافْتِرَاقُ لَا عن قَبْضٍ فَيَبْطُلُ الْعَقْدُ وَإِنْ كان بَعْدَ الِافْتِرَاقِ يَبْطُلُ السَّلَمُ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الِافْتِرَاقَ حَصَلَ لَا عن قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ
هذا إذَا وَجَدَهُ مُسْتَحَقًّا فَأَمَّا إذَا وَجَدَهُ زُيُوفًا أو نَبَهْرَجَةً فَإِنْ تَجَوَّزَ الْمُسْلَمَ إلَيْهِ فَالسَّلَمُ مَاضٍ على الصِّحَّةِ سَوَاءٌ وَجَدَهُ قبل الِافْتِرَاقِ أو بَعْدَهُ لِأَنَّ الزُّيُوفَ من جِنْسِ حَقِّهِ لِأَنَّهَا دَرَاهِمُ لَكِنَّهَا مَعِيبَةٌ بِالزِّيَافَةِ وَفَوَاتِ صِفَةِ الْجَوْدَةِ فإذا تَجَوَّزَ بِهِ فَقَدْ أَبْرَأَهُ عن الْعَيْبِ وَرَضِيَ بِقَبْضِ حَقِّهِ مع النُّقْصَانِ بِخِلَافِ السَّتُّوقِ فإنه لَا يَجُوزُ به وَإِنْ تَجَوَّزَ بِهِ لِأَنَّهُ ليس من جِنْسِ الدَّرَاهِمِ على ما نَذْكُرُهُ وَإِنْ لم يَتَجَوَّزْ بِهِ وَرَدَّهُ فَإِنْ كان قبل الِافْتِرَاقِ وَاسْتَبْدَلَهُ في الْمَجْلِسِ فَالْعَقْدُ مَاضٍ وَجُعِلَ كَأَنَّهُ أَخَّرَ الْقَبْضَ إلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ وَإِنْ كان بَعْدَ الِافْتِرَاقِ بَطَلَ السَّلَمُ

عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ سَوَاءٌ اسْتَبْدَلَ في مَجْلِسِ الرَّدِّ أو لَا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ إنْ لم يَسْتَبْدِلْ في مَجْلِسِ الرَّدِّ فَكَذَلِكَ وَإِنْ اسْتَبْدَلَ لَا يَبْطُلُ السَّلَمُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ قَبْضَ الزُّيُوفِ وَقَعَ صَحِيحًا لِأَنَّهُ قَبَضَ جِنْسَ الْحَقِّ أَلَا يُرَى أَنَّهُ لو تَجَوَّزَ بها جَازَ وَلَوْ لم يَكُنْ من جِنْسِ حَقِّهِ لَمَا جَازَ كَالسَّتُّوقِ إلَّا أَنَّهُ فَاتَتْهُ صِفَةُ الْجَوْدَةِ بِالزِّيَافَةِ فَكَانَتْ من جِنْسِ حَقِّهِ أَصْلًا لَا وَصْفًا فَكَانَتْ الزِّيَافَةُ فيها عَيْبًا وَالْمَعِيبُ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ كما في بَيْعِ الْعَيْنِ إذَا كان الْمَبِيعُ مَعِيبًا وَبِالرَّدِّ يُنْتَقَضُ الْقَبْضُ لَكِنْ مَقْصُورًا على حَالَةِ الرَّدِّ وَلَا يَسْتَنِدُ الِانْتِقَاضُ إلَى وَقْتِ الْقَبْضِ فَيَبْقَى الْقَبْضُ صَحِيحًا كان يَنْبَغِي أَنْ لَا يُشْتَرَطَ قَبْضُ بَدَلِهِ في مَجْلِسِ الرَّدِّ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِعَقْدِ السَّلَمِ الْقَبْضُ مَرَّةً وَاحِدَةً إلَّا أَنَّهُ شُرِطَ لِأَنَّ لِلرَّدِّ شَبَهًا بِالْعَقْدِ حَيْثُ لَا يَجِبُ الْقَبْضُ في مَجْلِسِ الرَّدِّ إلَّا بِالرَّدِّ كما لَا يَجِبُ الْقَبْضُ في مَجْلِسِ الْعَقْدِ إلَّا بِالْعَقْدِ فَأُلْحِقَ مَجْلِسُ الرَّدِّ بِمَجْلِسِ الْعَقْدِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّ الزُّيُوفَ من جِنْسِ حَقِّ الْمُسْلَمِ إلَيْهِ لَكِنْ أَصْلًا لَا وَصْفًا وَلِهَذَا ثَبَتَ له حَقُّ الرَّدِّ بِفَوَاتِ حَقِّهِ عن الْوَصْفِ فَكَانَ حَقُّهُ في الْأَصْلِ وَالْوَصْفِ جميعا فَصَارَ بِقَبْضِ الزُّيُوفِ قَابِضًا حَقَّهُ من حَيْثُ الْأَصْلُ لَا من حَيْثُ الْوَصْفُ إلَّا أَنَّهُ إذَا رضي بِهِ فَقَدْ أَسْقَطَ حَقَّهُ عن الْوَصْفِ وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ هو قَبْضُ الْأَصْلِ دُونَ الْوَصْفِ لا (((لإبرائه))) براءة إيَّاهُ عن الْوَصْفِ فإذا قَبَضَهُ فَقَدْ قَبَضَ حَقَّهُ فَيَبْطُلُ الْمُسْتَحَقُّ وَإِنْ لم يَرْضَ بِهِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لم يَقْبِضْ حَقَّهُ لِأَنَّ حَقَّهُ في الْأَصْلِ وَالْوَصْفِ جميعا فَتَبَيَّنَ أَنَّ الِافْتِرَاقَ حَصَلَ لَا عن قَبْضِ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ
هذا إذَا وَجَدَهُ زُيُوفًا أو نهرجة (((نبهرجة))) فَأَمَّا إذَا وَجَدَهُ سُتُّوقًا أو رَصَاصًا فَإِنْ وَجَدَهُ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ بَطَلَ السَّلَمُ لِأَنَّ السَّتُّوقَ ليس من جِنْسِ الدَّرَاهِمِ أَلَا يُرَى أنها لَا تَرُوجُ في مُعَامَلَاتِ الناس فلم تَكُنْ من جِنْسِ حَقِّهِ أَصْلًا وَوَصْفًا فَكَانَ الِافْتِرَاقُ عن الْمَجْلِسِ لَا عن قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ فَيَبْطُلُ السَّلَمُ وَسَوَاءٌ تَجَوَّزَ بِهِ أو لَا لِأَنَّهُ إذَا لم يَكُنْ من جِنْسِ حَقِّهِ كان التَّجَوُّزُ بِهِ اسْتِبْدَالًا بِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ قبل الْقَبْضِ وأنه لَا يَجُوزُ بِخِلَافِ الزُّيُوفِ فَإِنَّهَا من جِنْسِ حَقِّهِ على ما بَيَّنَّا وَإِنْ وَجَدَهُ في الْمَجْلِسِ فَاسْتَبْدَلَ فَالسَّلَمُ مَاضٍ لِأَنَّ قَبْضَهُ وَإِنْ لم يَصِحَّ فَقَدْ بَقِيَ الْوَاجِبُ في ذِمَّةِ رَبِّ السَّلَمِ دَرَاهِمَ هِيَ حَقُّ الْمُسْلَمِ إلَيْهِ فإذا قَبَضَهَا فَقَدْ قَبَضَ حَقَّهُ في الْمَجْلِسِ وَالْتَحَقَ قَبْضُ السَّتُّوقِ بِالْعَدَمِ كَأَنَّهُ لم يَقْبِضْ أَصْلًا وَأَخَّرَ قَبْضَ رَأْسِ الْمَالِ إلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ
وَكَذَا في الصَّرْفِ غير أَنَّ هُنَاكَ إذَا ظَهَرَ أَنَّ الدَّرَاهِمَ سَتُّوقَةٌ أو رَصَاصٌ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ عن الْمَجْلِسِ حتى بَطَلَ الصَّرْفُ فَقَابِضُ الدِّينَارِ يَسْتَرِدُّ دَرَاهِمَهُ السَّتُّوقَةَ وَقَابِضُ الدَّرَاهِمِ يَسْتَرِدُّ من قَابِضِ الدِّينَارِ عَيْنَ دِينَارِهِ إنْ كان قَائِمًا وَمِثْلَهُ إنْ كان هَالِكًا وَلَا خِيَارَ لِقَابِضِ الدِّينَارِ كَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ في الْأَصْلِ لِأَنَّهُ إذَا ظَهَرَ أَنَّ الْمَقْبُوضَ سَتُّوقَةٌ أو رَصَاصٌ فَقَدْ ظَهَرَ أَنَّ قَبْضَهُ لم يَصِحَّ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الِافْتِرَاقَ حَصَلَ لَا عن قَبْضٍ فَيَبْطُلُ السَّلَمُ وَبَقِيَ الدِّينَارُ في يَدِهِ من غَيْرِ سَبَبٍ شَرْعِيٍّ فَأَشْبَهَ يَدَ الْغَصْبِ وَاسْتِحْقَاقَ الْمَبِيعِ في بَيْعِ الْعَيْنِ وَهُنَاكَ يَسْتَرِدُّ عَيْنَهُ إنْ كان قَائِمًا كَذَا هَهُنَا
وَطَعَنَ عِيسَى بن أَبَانَ وقال يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ قَابِضُ الدِّينَارِ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ رَدَّ عَيْنَ الدِّينَارِ وَإِنْ شَاءَ

رَدَّ مثله وَلَا يُسْتَحَقُّ عليه رَدُّ عَيْنِ الدِّينَارِ وَإِنْ كان قَائِمًا لِأَنَّهُ لم يَكُنْ مُتَعَيِّنًا في الْعَقْدِ فَلَا يَكُونُ مُتَعَيِّنًا في الْفَسْخِ

وَالِاعْتِبَارُ بِاسْتِحْقَاقِ الْمَبِيعِ غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ هُنَاكَ ظَهَرَ بُطْلَانُ الْعَقْدِ من الْأَصْلِ لِأَنَّهُ إذَا لم يُجِزْ الْمُسْتَحِقُّ تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ بَاطِلًا من حِينِ وُجُودِهِ وَهُنَاكَ الْعَقْدُ وَقَعَ صَحِيحًا وَإِنَّمَا بَطَلَ في الْمُسْتَقْبَلِ لِعَارِضٍ طَرَأَ عليه بَعْدَ الصِّحَّةِ فَلَا يَظْهَرُ بُطْلَانُهُ من الْأَصْلِ

وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا أَخَذُوا بِقَوْلِ عِيسَى وَنَصَرُوهُ وَحَمَلُوا جَوَابَ الْكِتَابِ على ما إذَا اخْتَارَ قَابِضُ الدِّينَارِ رَدَّ عَيْنِ الدِّينَارِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

هذا الذي ذَكَرْنَا إذَا وُجِدَ الْمُسْلَمُ إلَيْهِ كل رَأْسُ الْمَالِ مُسْتَحَقًّا أو مَعِيبًا أو زُيُوفًا أو سُتُّوقًا فَأَمَّا إذَا وُجِدَ بَعْضُهُ دُونَ بَعْضٍ فَفِي الِاسْتِحْقَاقِ إذَا لم يُجِزْ الْمُسْتَحِقُّ يُنْتَقَصُ الْعَقْدُ بِقَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ سَوَاءٌ كان رَأْسُ الْمَالِ عَيْنًا أو دَيْنًا بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ الْقَبْضَ انْتَقَصَ فيه بِقَدْرِهِ وَكَذَا في السَّتُّوقِ وَالرَّصَاصِ فَبَطَلَ الْعَقْدُ بِقَدْرِهِ قَلِيلًا كان أو كَثِيرًا بِالْإِجْمَاعِ لِمَا قُلْنَا وَكَذَا هذا في الصَّرْفِ غير أَنَّ هُنَاكَ قَابِضَ السَّتُّوقَةِ يَصِيرُ شَرِيكًا لِقَابِضِ الدِّينَارِ في الدِّينَارِ الذي دَفَعَهُ بَدَلًا عن الدَّرَاهِمِ فَيَرْجِعُ عليه بِعَيْنِهِ وَعَلَى قَوْلِ عِيسَى قَابِضُ الدِّينَارِ بِالْخِيَارِ على ما ذَكَرْنَا

وَأَمَّا في الزُّيُوفِ وَالنَّبَهْرَجَةِ فَقِيَاسُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنْ يُنْتَقَصَ الْعَقْدُ بِقَدْرِهِ إذَا لم يَتَجَوَّزْ وَرَدَّهُ اسْتَبْدَلَ في مَجْلِسِ الرَّدِّ أولا وهو قَوْلُ زُفَرَ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ قَبْضَ الْمَرْدُودِ لم يَصِحَّ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الِافْتِرَاقَ حَصَلَ لَا عن قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ في قَدْرِ الْمَرْدُودِ فَيَبْطُلُ السَّلَمُ بِقَدْرِهِ إلَّا أَنَّهُ اسْتَحْسَنَ في الْقَلِيلِ وقال إنْ كان قَلِيلًا فَرَدَّهُ وَاسْتَبْدَلَ في ذلك الْمَجْلِسِ فَالْعَقْدُ مَاضٍ في الْكُلِّ وَإِنْ كان كَثِيرًا يَبْطُلُ الْعَقْدُ بِقَدْرِ الْمَرْدُودِ لِأَنَّ الزِّيَافَةَ في الْقَلِيلِ مِمَّا لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عنه لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ لَا تَخْلُو عن ذلك فَكَانَتْ مُلْحَقَةً بِالْعَدَمِ بِخِلَافِ الْكَثِيرِ

وَاخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عن أبي حَنِيفَةَ في الْحَدِّ الْفَاصِلِ بين الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ مع اتِّفَاقِ الرِّوَايَاتِ على أَنَّ الثُّلُثَ قَلِيلٌ

وفي رِوَايَةٍ عنه أَنَّ ما زَادَ على الثُّلُثِ يَكُونُ كَثِيرًا

وفي رِوَايَةٍ النِّصْفِ وفي رِوَايَةٍ عنه الزَّائِدُ على النِّصْفِ وَكَذَا هذا في الصَّرْفِ غير أَنَّ هُنَاكَ إذَا كَثُرَتْ الزُّيُوفُ فَرَدَّ حتى بَطَلَ الْعَقْدُ في قَدْرِ الْمَرْدُودِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ يَصِيرُ شَرِيكًا لِقَابِضِ الدِّينَارِ فَيَسْتَرِدُّ منه عَيْنَهُ وَعَلَى قَوْلِ عِيسَى قَابِضُ الدِّينَارِ بِالْخِيَارِ على ما بَيَّنَّا وَلَوْ كان تَصَرَّفَ فيه أو أَخْرَجَهُ عن مِلْكِهِ لَا يُفْسَخُ عليه تَصَرُّفُهُ وَعَلَيْهِ مِثْلُهُ كما في الْبَيْعِ الْفَاسِدِ على ما مَرَّ

وَكُلُّ جَوَابٍ عَرَفْتَهُ في السَّلَمِ وَالصَّرْفِ فَهُوَ الْجَوَابُ في عَقْدٍ تَتَعَلَّقُ صِحَّتُهُ بِالْقَبْضِ قبل الِافْتِرَاقِ مِمَّا سِوَى الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ كَمَنْ كان له على آخَرَ دَنَانِيرُ فَصَالَحَ منها على دَرَاهِمَ أو كان له على آخَرَ مَكِيلٌ أو مَوْزُونٌ مَوْصُوفٌ في الذِّمَّةِ أو غَيْرُهُمَا مِمَّا يَثْبُتُ مِثْلُهُ في الذِّمَّةِ دَيْنًا فَصَالَحَ منها على دَرَاهِمَ أو نَحْوُ ذلك من الْعُقُودِ مِمَّا يَكُونُ قَبْضُ الدَّرَاهِمِ فيه قبل الِافْتِرَاقِ عن الْمَجْلِسِ شَرْطًا لِصِحَّةِ الْعَقْدِ فَقَبَضَ الدَّرَاهِمَ ثُمَّ وَجَدَهَا مُسْتَحَقَّةً أو زُيُوفًا أو نَبَهْرَجَةً أو سَتُّوقَةً أو رَصَاصًا كُلَّهَا أو بَعْضَهَا الِافْتِرَاقِ أو بَعْدَهُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَعَلَى هذا تَخْرُجُ مُقَاصَّةُ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ بِدَيْنٍ آخَرَ على الْمُسْلَمِ إلَيْهِ بِأَنْ وَجَبَ على الْمُسْلَمِ إلَيْهِ دَيْنٌ مِثْلُ رَأْسِ الْمَالِ أَنَّهُ هل يَصِيرُ رَأْسُ الْمَالِ قِصَاصًا بِذَلِكَ الدَّيْنِ أَمْ لَا فَهَذَا لَا يَخْلُو إمَّا إنْ وَجَبَ دَيْنٌ آخَرُ بِالْعَقْدِ وَإِمَّا إنْ وَجَبَ بِعَقْدٍ مُتَقَدِّمٍ على عَقْدِ السَّلَمِ وأما إنْ وَجَبَ بِعَقْدٍ مُتَأَخِّرٍ عنه فَإِنْ وَجَبَ بِعَقْدٍ مُتَقَدِّمٍ على السَّلَمِ بِأَنْ كان رَبُّ السَّلَمِ بَاعَ الْمُسْلَمَ إلَيْهِ ثَوْبًا بِعَشَرَةٍ

دَرَاهِمَ ولم يَقْبِضْ الْعَشَرَةَ حتى أَسْلَمَ إلَيْهِ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ في كُرِّ حِنْطَةٍ فَإِنْ جَعَلَا الدَّيْنَيْنِ قِصَاصًا أو تَرَاضَيَا بِالْمُقَاصَّةِ يَصِيرُ قِصَاصًا وَإِنْ أَبَى أَحَدُهُمَا لَا يَصِيرُ قِصَاصًا وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَصِيرَ قِصَاصًا كَيْفَ ما كان وهو قَوْلُ زُفَرَ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ قَبْضَ رَأْسِ الْمَالِ شَرْطٌ وَالْحَاصِلُ بِالْمُقَاصَّةِ ليس بِقَبْضٍ حَقِيقَةً فَكَانَ الِافْتِرَاقُ حَاصِلًا لَا عن قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ فَبَطَلَ السَّلَمُ

وَلَنَا أَنَّ الْعَقْدَ يَنْعَقِدُ مُوجِبًا لِلْقَبْضِ حَقِيقَةً لَوْلَا الْمُقَاصَّةُ فإذا تَقَاصَّا تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَقْدَ انْعَقَدَ مُوجِبًا قَبْضًا بِطَرِيقِ الْمُقَاصَّةِ وقد وُجِدَ وَنَظِيرُهُ ما قُلْنَا في الزِّيَادَةِ في الثَّمَنِ وَالْمُثَمَّنِ أنها جَائِزَةٌ اسْتِحْسَانًا وَتَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ لِأَنَّ بِالزِّيَادَةِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ على الْمَزِيدِ عليه وَعَلَى الزِّيَادَةِ جميعا كَذَا هذا

وَإِنْ وَجَبَ بِعَقْدٍ مُتَأَخِّرٍ عن السَّلَمِ لَا يَصِيرُ قِصَاصًا وَإِنْ جَعَلَاهُ قِصَاصًا إلَّا رِوَايَةً عن أبي يُوسُفَ شَاذَّةً لِأَنَّ بِالْمُقَاصَّةِ لَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ مُوجِبًا قَبْضًا بِطَرِيقِ الْمُقَاصَّةِ من حِينِ وُجُودِهِ لِأَنَّ الْمُقَاصَّةَ تَسْتَدْعِي قِيَامَ دَيْنَيْنِ ولم يَكُنْ عِنْدَ عَقْدِ السَّلَمِ إلَّا دَيْنٌ وَاحِدٌ فَانْعَقَدَ مُوجِبًا حَقِيقَةَ الْقَبْضِ وأنه لَا يَحْصُلُ بِالْمُقَاصَّةِ

هذا إذَا وَجَبَ الدَّيْنُ بِالْعَقْدِ فَأَمَّا إذَا وَجَبَ بِالْقَبْضِ كَالْغَصْبِ

(5/206)

وَالْقَرْضِ فإنه يَصِيرُ قِصَاصًا أولا (((سواء))) بَعْدَ إن كان وُجُوبُ الدَّيْنِ الْآخَرِ مُتَأَخِّرًا عن الْعَقْدِ لِأَنَّ الْعَقْدَ إنْ انْعَقَدَ مُوجِبًا قَبْضًا حَقِيقَةً فَقَدْ وُجِدَ هَهُنَا لَكِنَّ قَبْضَ الْغَصْبِ وَالْقَرْضِ قَبْضٌ حَقِيقَةً فَيُجْعَلُ عن قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ وَقَبْضُ الْغَصْبِ مَحْظُورٌ وَقَبْضُ الْقَرْضِ ليس بِوَاجِبٍ فَكَانَ إيقَاعُهُ عن الْوَاجِبِ أَوْلَى بِخِلَافِ ما تَقَدَّمَ لِأَنَّ هُنَاكَ لم يُوجَدْ الْقَبْضُ حَقِيقَةً وَالْقَبْضُ بِطَرِيقِ الْمُقَاصَّةِ يُمْكِنُ في أَحَدِ الْفَصْلَيْنِ دُونَ الْآخَرِ على ما بَيَّنَّا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

هذا إذَا تَسَاوَى الدَّيْنَانِ فَأَمَّا إذَا تَفَاضَلَا بِأَنْ كان أَحَدُهُمَا أَفْضَلَ وَالْآخَرُ أَدْوَنَ فَرَضِيَ أَحَدُهُمَا بِالْقِصَاصِ وَأَبَى الْآخَرُ فإنه يُنْظَرُ إنْ أَبَى صَاحِبُ الْأَفْضَلِ لَا يَصِيرُ قِصَاصًا لِأَنَّ حَقَّهُ في الْجَوْدَةِ مَعْصُومٌ مُحْتَرَمٌ فَلَا يَجُوزُ إبْطَالُهُ عليه من غَيْرِ رِضَاهُ وَإِنْ أَبَى صَاحِبُ الْأَدْوَنِ يَصِيرُ قِصَاصًا لِأَنَّهُ لَمَّا رضي بِهِ صَاحِبُ الْأَفْضَلِ فَقَدْ أَسْقَطَ حَقَّهُ عن الْفَضْلِ كَأَنَّهُ قَضَى دَيْنَهُ فَأَعْطَاهُ أَجْوَدَ مِمَّا عليه وَهُنَاكَ يُجْبَرُ على الْأَخْذِ كَذَا هذا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَكَذَلِكَ الْمُقَاصَّةُ في ثَمَنِ الصَّرْفِ تَخْرُجُ على هذه التَّفَاصِيلِ التي ذَكَرْنَاهَا في رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ فأفهم وَاَللَّهُ الْمُوَفِّقُ لِلصَّوَابِ

ثُمَّ ما ذَكَرْنَا من اعْتِبَارِ هذا الشَّرْطِ وهو قَبْضُ رَأْسِ الْمَالِ حَالَ بَقَاءِ الْعَقْدِ فَأَمَّا بَعْدَ ارْتِفَاعِهِ بِطَرِيقِ الْإِقَالَةِ أو بِطَرِيقٍ آخَرَ فَقَبْضُهُ ليس بِشَرْطٍ في مَجْلِسِ الْإِقَالَةِ بِخِلَافِ الْقَبْضِ في مَجْلِسِ الْعَقْدِ وَقَبْضِ بَدَلِ الصَّرْفِ في مَجْلِسِ الْإِقَالَةِ أَنَّهُ شَرْطٌ لِصِحَّةِ الْإِقَالَةِ كَقَبْضِهِمَا في مَجْلِسِ الْعَقْدِ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْقَبْضَ في مَجْلِسِ الْعَقْدِ في الْبَابَيْنِ ما هو شَرْطٌ لِعَيْنِهِ وَإِنَّمَا هو شَرْطٌ لِلتَّعْيِينِ وهو أَنْ يَصِيرَ الْبَدَلُ مُعَيَّنًا بِالْقَبْضِ صِيَانَةً عن الِافْتِرَاقِ عن دَيْنٍ بِدَيْنٍ على ما بَيَّنَّا وَلَا حَاجَةَ إلَى التَّعْيِينِ في مَجْلِسِ الْإِقَالَةِ في السَّلَمِ لِأَنَّهُ

لَا يَجُوزُ اسْتِبْدَالُهُ فَيَعُودُ إلَيْهِ عَيْنُهُ فَلَا تَقَعُ الْحَاجَةُ إلَى التَّعْيِينِ بِالْقَبْضِ فَكَانَ الْوَاجِبُ نَفْسَ الْقَبْضِ فَلَا يراعي له الْمَجْلِسُ بِخِلَافِ الصَّرْفِ لِأَنَّ التَّعْيِينَ لَا يَحْصُلُ إلَّا بِالْقَبْضِ لِأَنَّ اسْتِبْدَالَهُ جَائِزٌ فَلَا بُدَّ من شَرْطِ الْقَبْضِ في الْمَجْلِسِ لِيَتَعَيَّنَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمُسْلَمِ فيه فَأَنْوَاعٌ أَيْضًا منها أَنْ يَكُونَ مَعْلُومَ الْجِنْسِ كَقَوْلِنَا حِنْطَةٌ أو شَعِيرٌ أو تَمْرٌ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَعْلُومَ النَّوْعِ كَقَوْلِنَا حِنْطَةٌ سَقِيَّةٌ أو نَجِسِيَّةٌ تَمْرٌ بَرْنِيُّ أو فَارِسِيٌّ هذا إذَا كان مِمَّا يَخْتَلِفُ نَوْعُهُ فَإِنْ كان مِمَّا لَا يَخْتَلِفُ فَلَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ النَّوْعِ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَعْلُومَ الصِّفَةِ كَقَوْلِنَا جَيِّدٌ أو وَسَطٌ أو رَدِيءٌ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَعْلُومَ الْقَدْرِ بِالْكَيْلِ أو الْوَزْنِ أو الْعَدِّ أو الزرع (((الذرع))) لِأَنَّ جَهَالَةَ النَّوْعِ وَالْجِنْسِ وَالصِّفَةِ وَالْقَدْرِ جَهَالَةٌ مُفْضِيَةٌ إلَى الْمُنَازَعَةِ وإنها مُفْسِدَةٌ لِلْعَقْدِ

وقال النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من أَسْلَمَ مِنْكُمْ فَلْيُسْلِمْ في كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَعْلُومَ الْقَدْرِ بِكَيْلٍ أو وَزْنٍ أو ذَرْعٍ يُؤْمَنُ عليه فَقْدُهُ عن أَيْدِي الناس فَإِنْ كان لَا يُؤْمَنُ فَالسَّلَمُ فَاسِدٌ بِأَنْ أَعْلَمَ قَدْرَهُ بِمِكْيَالٍ لَا يُعْرَفُ عِيَارُهُ بِأَنْ قال بهذا الْإِنَاءِ وَلَا يُعْلَمُ كَمْ يَسَعُ فيه أو بِحَجَرٍ لَا يُعْرَفُ عِيَارُهُ بِأَنْ قال بهذا الْحَجَرِ وَلَا يُعْلَمُ كَمْ وَزْنُهُ أو بِخَشَبَةٍ لَا يُعْرَفُ قَدْرُهَا بِأَنْ قال بِهَذِهِ الْخَشَبَةِ وَلَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهَا أو بِذِرَاعِ يَدِهِ وَلَوْ كان هذا في بَيْعِ الْعَيْنِ بِأَنْ قال بِعْتُكَ من هذه الصُّبْرَةِ مِلْءَ هذا الْإِنَاءِ بِدِرْهَمٍ أن من هذا الزَّيْتِ وَزْنَ هذا الْحَجَرِ بِدِرْهَمٍ يَجُوزُ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَرَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ في بَيْعِ الْعَيْنِ أَيْضًا كما لَا يَجُوزُ في السَّلَمِ وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ كان يقول أَوَّلًا لَا يَجُوزُ ثُمَّ رَجَعَ وقال يَجُوزُ

وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ هذا الْبَيْعَ مُكَايَلَةٌ والسلم (((والعلم))) بِمِقْدَارِ الْمَبِيعِ في بَيْعِ الْمُكَايَلَةِ شَرْطُ الصِّحَّةِ ولم يُوجَدْ فَيَفْسُدُ كما لو بَاعَ قُفْزَانًا من هذه الصُّبْرَةِ وَلِظَاهِرِ الرِّوَايَةِ الْفَرْقُ بين السَّلَمِ وَبَيْنَ بَيْعِ الْعَيْنِ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ التَّسْلِيمَ في بَابِ السَّلَمِ لَا يَجِبُ عَقِيبَ الْعَقْدِ وَإِنَّمَا يَجِبُ بَعْدَ مَحَلِّ الْأَجَلِ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ الْإِنَاءَ قبل مَحَلِّ الْأَجَلِ وَهَذَا الِاحْتِمَالُ إنْ لم يَكُنْ غَالِبًا فَلَيْسَ بِنَادِرٍ أَيْضًا وإذا هَلَكَ يَصِيرُ الْمُسْلَمُ فيه مَجْهُولَ الْقَدْرِ بِخِلَافِ بَيْعِ الْعَيْنِ لِأَنَّهُ يُوجِبُ التَّسْلِيمَ عَقِيبَ الْعَقْدِ وَهَلَاكُ الْقَفِيزِ عَقِيبَ الْعَقْدِ بِلَا فَصْلٍ نَادِرٌ وَالنَّادِرُ مُلْحَقٌ بِالْعَدَمِ فَلَا يَصِيرُ الْمَبِيعُ مَجْهُولَ الْقَدْرِ

وَالثَّانِي أَنَّ الْقُدْرَةَ على تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ شَرْطُ انْعِقَادِ الْعَقْدِ وَصِحَّتِهِ وَالْقُدْرَةُ على التَّسْلِيمِ عِنْدَ الْعَقْدِ ثَابِتَةٌ في بَابِ السَّلَمِ لِأَنَّ السَّلَمَ بَيْعُ الْمَفَالِيسِ وفي ثُبُوتِ الْقُدْرَةِ عِنْدَ مَحَلِّ الْأَجَلِ شَكٌّ قد تَثْبُتُ وقد لَا تَثْبُتُ لِأَنَّهُ إنْ بَقِيَ الْمِكْيَالُ وَالْحَجَرُ وَالْخَشَبَةُ تَثْبُتُ وَإِنْ لم يَبْقَ لَا يَقْدِرُ فَوَقَعَ

الشَّكُّ في ثُبُوتِ الْقُدْرَةِ فَلَا تَثْبُتُ بِالشَّكِّ على الْأَصْلِ الْمَعْهُودِ في غَيْرِ الثَّابِتِ يقِين (((بيقين))) إذَا وَقَعَ الشَّكُّ في ثُبُوتِهِ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِخِلَافِ بَيْعِ الْعَيْنِ لِأَنَّ هُنَاكَ الْقُدْرَةَ على التَّسْلِيمِ ثَابِتَةٌ عِنْدَ الْعَقْدِ وفي فَوَاتِهَا بِالْهَلَاكِ شَكٌّ فَلَا تَفُوتُ بِالشَّكِّ على الْأَصْلِ الْمَعْهُودِ في الثَّابِتِ بِيَقِينٍ إذَا وَقَعَ الشَّكُّ في زَوَالِهِ أَنَّهُ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ

وَأَمَّا قَوْلُهُ أن الْعِلْمَ بِمِقْدَارِ الْمَبِيعِ في بَيْعِ الْمُكَايَلَةِ شَرْطُ الصِّحَّةِ فَنَقُولُ الْعِلْمُ بِذَلِكَ لَا يُشْتَرَطُ لِعَيْنِهِ بَلْ لِصِيَانَةِ الْعَقْدِ عن الْجَهَالَةِ الْمُفْضِيَةِ إلَى الْمُنَازَعَةِ وَهَذَا النَّوْعُ من الْجَهَالَةِ لَا يُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ لِإِمْكَانِ الْوُصُولِ إلَى الْعِلْمِ بِقَدْرِ الْمَبِيعِ بِالْكَيْلِ لِلْحَالِ بِخِلَافِ بَيْعِ قُفْزَانٍ من الصُّبْرَةِ لِأَنَّ هُنَاكَ لَا طَرِيقَ لِلْوُصُولِ إلَى الْعِلْمِ بِمِقْدَارِ الْمَبِيعِ فَالْمُشْتَرِي يُطَالِبُهُ بِزِيَادَةٍ وَالْبَائِعُ لَا يُعْطِيهِ فَيَتَنَازَعَانِ فَكَانَتْ الْجَهَالَةُ مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ فَهُوَ الْفَرْقُ بين الْفَصْلَيْنِ وَقِيلَ إنَّمَا يَجُوزُ هذا في بَيْعِ الْعَيْنِ إذَا كان الْإِنَاءُ من خَزَفٍ أو خَشَبٍ أو حَدِيدٍ أو نَحْوِ ذلك لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الزِّيَادَةَ وَالنُّقْصَانَ

وَأَمَّا إذَا كان مِثْلَ الزِّنْبِيلِ وَالْجُوَالِقِ وَالْغِرَارَةِ وَنَحْوِ ذلك فَلَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الزِّيَادَةَ وَالنُّقْصَانَ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَلَوْ كان الْمُسْلَمُ فيه مَكِيلًا فأعلم (((فعلم))) قَدْرُهُ بِالْوَزْنِ الْمَعْلُومِ أو كان مَوْزُونًا فأعلم (((فعلم))) قَدْرُهُ بِالْكَيْلِ الْمَعْلُومِ جَازَ لِأَنَّ الشَّرْطَ كَوْنُهُ مَعْلُومَ الْقَدْرِ بِمِعْيَارٍ يُؤْمَنُ فَقْدُهُ وقد وجده بِخِلَافِ ما إذَا بَاعَ الْمَكِيلَ بِالْمَكِيلِ وَزْنًا بِوَزْنٍ مُتَسَاوِيًا في الْوَزْنِ أو بَاعَ الْمَوْزُونَ بِالْمَوْزُونِ كَيْلًا بِكَيْلٍ مُتَسَاوِيًا في الْكَيْلِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ما لم يَتَسَاوَيَا في الْكَيْلِ أو الْوَزْنِ لِأَنَّ شَرْطَ جَوَازِ السَّلَمِ كَوْنُ الْمُسْلَمِ فيه مَعْلُومَ الْقَدْرِ وَالْعِلْمُ بِالْقَدْرِ كما يَحْصُلُ بِالْكَيْلِ يَحْصُلُ بِالْوَزْنِ فَأَمَّا شَرْطُ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ في الْأَشْيَاءِ التي وَرَدَ الشَّرْعُ فيها بِاعْتِبَارِ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ في بَيْعِ الْعَيْنِ ثَبَتَ نَصًّا فَكَانَ بَيْعُهَا بِالْكَيْلِ أو الْوَزْنِ مُجَازَفَةً فَلَا يَجُوزُ أَمَّا في بَابِ السَّلَمِ فَاعْتِبَارُ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ لِمَعْرِفَةِ مِقْدَارِ الْمُسْلَمِ فيه وقد حَصَلَ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُمْكِنُ أَنْ يُضْبَطَ قَدْرُهُ وَصِفَتُهُ بِالْوَصْفِ على وَجْهٍ لَا يَبْقَى بَعْدَ الْوَصْفِ إلَّا تَفَاوُتٌ يَسِيرٌ فَإِنْ كان مِمَّا لَا يُمْكِنُ وَيَبْقَى بَعْدَ الْوَصْفِ تَفَاوُتٌ فَاحِشٌ لَا يَجُوزُ السَّلَمُ فيه لِأَنَّهُ إذَا لم يُمْكِنْ ضَبْطُ قَدْرِهِ وَصِفَتِهِ بِالْوَصْفِ يبقي مَجْهُولَ الْقَدْرِ أو الْوَصْفِ جَهَالَةً فَاحِشَةً مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ وأنها مُفْسِدَةٌ لِلْعَقْدِ

وَبَيَانُ ذلك أَنَّهُ يَجُوزُ السَّلَمُ في الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ التي تَحْتَمِلُ التَّعْيِينَ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ أَمَّا الْمَكِيلَاتُ وَالْمَوْزُونَاتُ فَلِأَنَّهَا مُمْكِنَةُ الضَّبْطِ قَدْرًا وصفه على وَجْهٍ لَا يَبْقَى بَعْدَ الْوَصْفِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ جِنْسِهِ وَنَوْعِهِ إلَّا تَفَاوُتٌ يَسِيرٌ لِأَنَّهَا من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ

وَكَذَلِكَ الْعَدَدِيَّاتُ الْمُتَقَارِبَةُ من الْجَوْزِ وَالْبَيْضِ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ فيها يَسِيرَةٌ لَا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ وَصَغِيرُ الْجَوْزِ وَالْبَيْضِ وَكَبِيرُهُمَا سَوَاءٌ لِأَنَّهُ لَا يَجْرِي التَّنَازُعُ في ذلك الْقَدْرِ من التَّفَاوُتِ وبين (((بين))) الناس عَادَةً فَكَانَ مُلْحَقًا بِالْعَدَمِ فَيَجُوزُ السَّلَمُ فيها عَدَدًا وَكَذَلِكَ كَيْلًا وَهَذَا عِنْدَنَا وقال زُفَرُ لَا يَجُوزُ

وَجْهُ قَوْلِهِ أن الْجَوْزَ وَالْبَيْضَ مِمَّا يَخْتَلِفُ وَيَتَفَاوَتُ في الصِّغَرِ وَالْكِبَرِ حتى يشتري الْكَبِيرُ منها بِأَكْثَرَ مِمَّا يشتري الصَّغِيرُ فَأَشْبَهَ الْبِطِّيخَ وَالرُّمَّانَ

وَلَنَا أَنَّ التَّفَاوُتَ بين صَغِيرِ الْجَوْزِ وَكَبِيرِهِ يَسِيرٌ اعرض الناس عن اعْتِبَارِهِ فَكَانَ سَاقِطَ الْعِبْرَةِ وَلِهَذَا كان مَضْمُونًا بِالْمِثْلِ عِنْدَ الْإِتْلَافِ بِخِلَافِ الرُّمَّانِ وَالْبِطِّيخِ فإن التَّفَاوُتَ بين آحَادِهِ تَفَاوُتٌ فَاحِشٌ وَلِهَذَا كان مَضْمُونًا بِالْقِيمَةِ

وَأَمَّا السَّلَمُ في الْفُلُوسِ عَدَدًا فَجَائِزٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ بِنَاءً على أَنَّ الْفُلُوسَ أَثْمَانٌ عِنْدَهُ فَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ فيها كما لَا يَجُوزُ السَّلَمُ في الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَعِنْدَهُمَا ثَمَنِيَّتُهَا لَيْسَتْ بِلَازِمَةٍ بَلْ تَحْتَمِلُ الزَّوَالَ لِأَنَّهَا ثَبَتَتْ بِالِاصْطِلَاحِ فَتَزُولُ بِالِاصْطِلَاحِ وَإِقْدَامُ الْعَاقِدَيْنِ على عَقْدِ السَّلَمِ فيها مع عِلْمِهِمَا أَنَّهُ لَا صِحَّةَ لِلسَّلَمِ في الْأَثْمَانِ اتِّفَاقٌ مِنْهُمَا على إخْرَاجِهَا عن صِفَةِ الثَّمَنِيَّةِ فَتَبْطُلُ ثَمَنِيَّتُهَا في حَقِّ الْعَاقِدَيْنِ سَابِقًا على الْعَقْدِ وَتَصِيرُ سِلَعًا عَدَدِيَّةً فَيَصِحُّ السَّلَمُ فيها كما في سَائِرِ السِّلَعِ الْعَدَدِيَّةِ كَالنِّصَالِ وَنَحْوِهَا

وَأَمَّا الذَّرْعِيَّاتُ كَالثِّيَابِ وَالْبُسُطِ وَالْحَصِيرِ وَالْبَوَارِي وَنَحْوِهَا فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ السَّلَمُ فيها لِأَنَّهَا لَيْسَتْ من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ لِتَفَاوُتٍ فَاحِشٍ بين ثَوْبٍ وَثَوْبٍ وَلِهَذَا لم تُضْمَنْ بِالْمِثْلِ في ضَمَانِ الْعَدَدِيَّاتِ بَلْ بِالْقِيمَةِ فَأَشْبَهَ السَّلَمَ في اللآلىء (((اللآلئ))) وَالْجَوَاهِرِ إلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَّا الْجَوَازَ لِقَوْلِهِ عز وجل في آيَةِ الدَّيْنِ { وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أو كَبِيرًا إلَى أَجَلِهِ } وَالْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ لَا يُقَالُ فيه الصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ وَإِنَّمَا يُقَالُ ذلك في الذَّرْعِيَّاتِ وَالْعَدَدِيَّاتِ وَلِأَنَّ الناس تَعَامَلُوا السَّلَمَ في الثِّيَابِ لِحَاجَتِهِمْ إلَى ذلك فَيَكُونُ إجْمَاعًا منهم على الْجَوَازِ فَيُتْرَكُ الْقِيَاسُ بِمُقَابِلَتِهِ وَلِأَنَّهُ إذَا بَيَّنَ جِنْسَهُ وَصِفَتَهُ وَنَوْعَهُ

وَرِفْعَتَهُ وَطُولَهُ وَعَرْضَهُ يَتَقَارَبُ التَّفَاوُتُ فليحق (((فيلحق))) بِالْمِثْلِ في بَابِ السَّلَمِ شَرْعًا لِحَاجَةِ الناس وَلَا حَاجَةَ إلَى الْإِلْحَاقِ بِالْمِثْلِ في بَابِ الِاسْتِهْلَاكِ مع ما أَنَّ هذا الِاعْتِبَارَ غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّهُ قد يُحْتَمَلُ في الْمُعَامَلَاتِ من التَّفَاوُتِ الْيَسِيرِ مالا يُحْتَمَلُ مِثْلُهُ في الْإِتْلَافَاتِ فإن الْأَبَ إذَا بَاعَ مَالَ وَلَدِهِ بِغَبْنٍ يَسِيرٍ جَازَ وَلَا يَضْمَنُ

وَلَوْ أَتْلَفَ عليه شيئا يَسِيرًا من مَالِهِ يَضْمَنُ فَلَا يَسْتَقِيمُ الِاسْتِبْدَالُ

هذا إذَا أَسْلَمَ في ثَوْبِ الْكِرْبَاسِ أو الْكَتَّانِ فَأَمَّا إذَا أَسْلَمَ في ثَوْبِ الْحَرِيرِ فَهَلْ يُشْتَرَطُ فيه بَيَانُ الْوَزْنِ بَعْدَ بَيَانِ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالصِّفَةِ وَالرِّفْعَةِ وَالطُّولِ وَالْعَرْضِ إنْ كان مِمَّا تَخْتَلِفُ قِيمَتُهُ بِاخْتِلَافِ وَزْنِهِ من الْقِلَّةِ وَالْكَثْرَةِ بَعْدَ التَّسَاوِي في الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالصِّفَةِ وَالرِّفْعَةِ وَالطُّولِ وَالْعَرْضِ يُشْتَرَطُ لِأَنَّ بَعْدَ بَيَانِ هذه الْأَشْيَاءِ تَبْقَى جَهَالَتُهُ مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ وَإِنْ كان مِمَّا لَا يَخْتَلِفُ يَجُوزُ لِأَنَّ جَهَالَةَ الْوَزْنِ فيه لَا تُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ

وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ في الْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ من الْحَيَوَانِ وَالْجَوَاهِرِ واللآلىء (((واللآلئ))) وَالْجَوْزِ وَالْجُلُودِ وَالْأُدُمِ والرؤوس (((والرءوس))) وَالْأَكَارِعِ وَالْبِطِّيخِ وَالْقِثَّاءِ وَالرُّمَّانِ وَالسَّفَرْجَلِ وَنَحْوِهَا من الْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ ضَبْطُهَا بِالْوَصْفِ إذْ يَبْقَى بَعْدَ بَيَانِ جِنْسِهَا وَنَوْعِهَا وَصِفَتِهَا وَقَدْرِهَا جَهَالَةٌ فَاحِشَةٌ مُفْضِيَةٌ إلَى الْمُنَازَعَةِ لِتَفَاوُتٍ فَاحِشٍ بين جَوْهَرٍ وَجَوْهَرٍ وَلُؤْلُؤٍ وَلُؤْلُؤٍ وَحَيَوَانٍ وَحَيَوَانٍ وَكَذَا بين جِلْدٍ وَجِلْدٍ وَرَأْسٍ وَرَأْسٍ في الصِّغَرِ وَالْكِبْرِ وَالسِّمَنِ وَالْهُزَالِ وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ السَّلَمُ في الْحَيَوَانِ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْمَانِعَ من الْجَوَازِ هُنَا جَهَالَةُ الْمُسْلَمِ فيه وقد زَالَتْ بِبَيَانِ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالصِّفَةِ وَالسِّنِّ لِأَنَّ الْحَيَوَانَ مَعْلُومُ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالصِّفَةِ فَكَانَ مَضْبُوطَ الْوَصْفِ وَالتَّفَاوُتُ فِيمَا وَرَاءَ ذلك لَا يُعْتَبَرُ وَلِهَذَا وَجَبَ دَيْنًا في

الذِّمَّةِ في النِّكَاحِ فَأَشْبَهَ الثِّيَابَ
وَلَنَا أَنَّ بَعْدَ بَيَانِ هذه الْأَشْيَاءِ يبقي بين فَرَسٍ وَفَرَسٍ تَفَاوُتٌ فَاحِشٌ في الْمَالِيَّةِ فَتَبْقَى جَهَالَةٌ مُفْضِيَةٌ إلَى الْمُنَازَعَةِ وأنها مَانِعَةٌ صِحَّةَ الْعَقْدِ لِمَا ذَكَرْنَا من الْوُجُوهِ فِيمَا قيل (((قبل)))
وقد رُوِيَ عن ابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم نهى عن السَّلَفِ في الْحَيَوَانِ وَالسَّلَفُ وَالسَّلَمُ وَاحِدٌ في اللُّغَةِ وَالِاعْتِبَارُ بِالنِّكَاحِ غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّهُ يَتَحَمَّلُ جَهَالَةً لَا يَتَحَمَّلُهَا الْبَيْعُ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَصِحُّ من غَيْرِ ذِكْرِ الْبَدَلِ وَبِبَدَلٍ مَجْهُولٍ وهو مَهْرُ الْمِثْلِ وَلَا يَصِحُّ الْبَيْعُ إلَّا بِبَدَلٍ مَعْلُومٍ فَلَا يَسْتَقِيمُ الِاسْتِدْلَالُ
وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ في التِّبْنِ أَحْمَالًا أو أَوْقَارًا لِأَنَّ التَّفَاوُتَ بين الْحِمْلِ وَالْحِمْلِ وَالْوِقْرِ وَالْوِقْرِ مِمَّا يَفْحُشُ إلَّا إذَا أَسْلَمَ فيه بِقَبَّانٍ مَعْلُومٍ من قَبَابِينَ التُّجَّارِ فَلَا يَخْتَلِفُ فَيَجُوزُ ولايجوز السَّلَمُ في الْحَطَبِ حُزَمًا وَلَا أَوْقَارًا لِلتَّفَاوُتِ الْفَاحِشِ بين حُزْمَةٍ وَحُزْمَةٍ وَوِقْرٍ وَوِقْرٍ
وَكَذَا في الْقَصَبِ وَالْحَشِيشِ وَالْعِيدَانِ إلَّا إذَا وَصَفَهُ بِوَصْفٍ يُعْرَفُ وَيَتَقَارَبُ التَّفَاوُتُ فَيَجُوزُ وَيَجُوزُ السَّلَمُ في اللَّبِنِ وَالْآجُرِّ إذَا سَمَّى مَلْبَنًا مَعْلُومًا لَا يَخْتَلِفُ وَلَا يَتَفَاوَتُ إلَّا يَسِيرًا
وَكَذَا في الطَّوَابِيقِ إذَا وَصَفَهَا بِوَصْفٍ يُعْرَفُ على وَجْهٍ لَا يَبْقَى بَعْدَ الْوَصْفِ جَهَالَةٌ مُفْضِيَةٌ إلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّ الْفَسَادَ لِلْجَهَالَةِ فإذا صَارَ مَعْلُومًا بِالْوَصْفِ جَازَ وَكَذَا في طَسْتٍ أو قُمْقُمَةٍ أو خُفَّيْنِ أو نَحْوِ ذلك إنْ كان يُعْرَفُ يَجُوزُ وَإِنْ كان لَا يُعْرَفُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْمُسْلَمَ فيه دَيْنٌ حَقِيقَةً وَالدَّيْنُ يُعْرَفُ بِالْوَصْفِ فَإِنْ كان مِمَّا يَحْصُلُ تَمَامُ مَعْرِفَتِهِ بِالْوَصْفِ بِأَنْ لم تَبْقَ فيه جَهَالَةٌ مُفْضِيَةٌ إلَى الْمُنَازَعَةِ جَازَ السَّلَمُ فيه وَإِلَّا فَلَا وَلَوْ اسْتَصْنَعَ رَجُلٌ شيئا من ذلك بِغَيْرِ أَجَلٍ جَازَ اسْتِحْسَانًا
وَالْكَلَامُ في الِاسْتِصْنَاعِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ جَوَازِهِ أَنَّهُ جَائِزٌ أَمْ لَا وفي بَيَانِ شَرَائِطِ جَوَازِهِ وفي بَيَانِ كَيْفِيَّةِ جَوَازِهِ وفي بَيَانِ حُكْمِهِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْقِيَاسُ يَأْبَى جَوَازَ الِاسْتِصْنَاعِ لِأَنَّهُ بَيْعُ الْمَعْدُومِ كَالسَّلَمِ بَلْ هو أَبْعَدُ جَوَازًا من السَّلَمِ لِأَنَّ الْمُسْلَمَ فيه تَحْتَمِلُهُ الذِّمَّةُ لِأَنَّهُ دَيْنٌ حَقِيقَةً وَالْمُسْتَصْنَعُ عَيْنٌ تُوجَدُ في الثَّانِي وَالْأَعْيَانُ لَا تَحْتَمِلُهَا الذِّمَّةُ فَكَانَ جَوَازُ هذا الْعَقْدِ أَبْعَدَ عن الْقِيَاسِ عن السَّلَمِ
وفي الِاسْتِحْسَانِ جَازَ لِأَنَّ الناس تَعَامَلُوهُ في سَائِرِ الْأَعْصَارِ من غَيْرِ نَكِيرٍ فَكَانَ إجْمَاعًا منهم على الْجَوَازِ فَيُتْرَكُ الْقِيَاسُ ثُمَّ هو بَيْعٌ عِنْدَ عَامَّةِ مَشَايِخِنَا وقال بَعْضُهُمْ هو عِدَّةٌ وَلَيْسَ بِسَدِيدٍ لِأَنَّ مُحَمَّدًا ذَكَرَ الْقِيَاسَ وَالِاسْتِحْسَانَ في جَوَازِهِ
وَذِكْرُ الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ لَا يَلِيقُ بِالْعِدَّاتِ وَكَذَا ثَبَتَ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ لِلْمُسْتَصْنِعِ من وأنه خَصَائِصِ الْبُيُوعِ وَكَذَا من شَرْطِ جَوَازِهِ أَنْ يَكُونَ فِيمَا لِلنَّاسِ فيه تَعَامُلٌ وَالْعِدَّاتُ لَا يَتَقَيَّدُ جَوَازُهَا بِهَذِهِ الشَّرَائِطِ فَدَلَّ أَنَّ جَوَازَهُ جَوَازُ الْبِيَاعَاتِ لَا جَوَازُ الْعِدَّاتِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا شَرَائِطُ جَوَازِهِ فَمِنْهَا بَيَانُ جِنْسِ الْمُسْتَصْنَعِ وَنَوْعِهِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ لِأَنَّهُ مَبِيعٌ فَلَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا وَالْعِلْمُ إنَّمَا يَحْصُلُ بِأَشْيَاءَ منها أَنْ يَكُونَ ما لِلنَّاسِ فيه تَعَامُلٌ كَالْقَلَنْسُوَةِ

وَالْخُفِّ وَالْآنِيَةِ وَنَحْوِهَا فَلَا يَجُوزُ فِيمَا لَا تَعَامُلَ لهم فيه كما إذَا أَمَرَ حَائِكًا أَنْ يحوك (((يحيك))) له ثَوْبًا بِغَزْلِ نَفْسِهِ وَنَحْوِ ذلك مِمَّا لم تَجْرِ عَادَاتُ الناس بِالتَّعَامُلِ فيه لِأَنَّ جَوَازَهُ مع أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَاهُ ثَبَتَ بِتَعَامُلِ الناس فَيَخْتَصُّ بِمَا لهم فيه تَعَامُلٌ وَيَبْقَى الْأَمْرُ فيما (((فيها))) وَرَاءَ ذلك مَوْكُولًا إلَى الْقِيَاسِ

وَأَمَّا كَيْفِيَّةُ جَوَازِهِ فَهِيَ أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ في حَقِّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا قبل رُؤْيَةِ الْمُسْتَصْنِعِ وَالرِّضَا بِهِ حتى كان لِلصَّانِعِ أَنْ يَمْتَنِعَ من الصُّنْعِ وَأَنْ يَبِيعَ الْمَصْنُوعَ قبل أَنْ يَرَاهُ الْمُسْتَصْنِعُ وَلِلْمُسْتَصْنِعِ أَنْ يَرْجِعَ أَيْضًا لِأَنَّ الْقِيَاسَ أَنْ لَا يَجُوزَ أَصْلًا إلَّا أَنَّ جَوَازَهُ ثَبَتَ اسْتِحْسَانًا بِخِلَافِ الْقِيَاسِ لِحَاجَةِ الناس وَحَاجَتُهُمْ قبل الصُّنْعِ أو بَعْدَهُ قبل رُؤْيَةِ الْمُسْتَصْنِعِ وَالرِّضَا بِهِ أَقْرَبُ إلَى الْجَوَازِ دُونِ اللُّزُومِ فَيَبْقَى اللُّزُومُ قبل ذلك على أَصْلِ الْقِيَاسِ

وَأَمَّا حُكْمُ الِاسْتِصْنَاعِ فَحُكْمُهُ في حَقِّ الْمُسْتَصْنِعِ إذَا أتى الصَّانِعُ بِالْمُسْتَصْنَعِ على الصِّفَةِ الْمَشْرُوطَةِ ثُبُوتُ مِلْكٍ غَيْرِ لَازِمٍ في حَقِّهِ حتى يَثْبُتَ له خِيَارُ الرُّؤْيَةِ إذَا رَآهُ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ وفي حَقِّ الصَّانِعِ ثُبُوتُ مِلْكٍ لَازِمٍ إذَا رَآهُ الْمُسْتَصْنِعُ وَرَضِيَ بِهِ وَلَا خِيَارَ له وَهَذَا جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

وَرُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ في حَقِّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا حتى يَثْبُتَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَازِمٌ في حَقِّهِمَا حتى لَا خِيَارَ لِأَحَدِهِمَا لَا لِلصَّانِعِ وَلَا لِلْمُسْتَصْنِعِ أَيْضًا

وَجْهُ رِوَايَةِ أبي يُوسُفَ أَنَّ في إثْبَاتِ الْخِيَارِ لِلْمُسْتَصْنِعِ إضْرَارًا بِالصَّانِعِ لِأَنَّهُ قد أَفْسَدَ مَتَاعَهُ وفري جِلْدَهُ وَأَتَى بِالْمُسْتَصْنَعِ على الصِّفَةِ الْمَشْرُوطَةِ فَلَوْ ثَبَتَ له الْخِيَارُ لَتَضَرَّرَ بِهِ الصَّانِعُ فَيَلْزَمُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عنه

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ في اللُّزُومِ إضْرَارًا بِهِمَا جميعا أَمَّا إضْرَارُ الصَّانِعِ فَلِمَا قال أبو يُوسُفَ وَأَمَّا ضَرَرُ الْمُسْتَصْنِعِ فَلِأَنَّ الصَّانِعَ مَتَى لم يَصْنَعْهُ وَاتَّفَقَ له مُشْتَرٍ يَبِيعُهُ فَلَا تَنْدَفِعُ حَاجَةُ الْمُسْتَصْنِعِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ فَوَجَبَ أَنْ يَثْبُتَ الْخِيَارُ لَهُمَا دَفْعًا لِلضَّرَرِ عنهما

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وهو إثْبَاتُ الْخِيَارِ لِلْمُسْتَصْنِعِ لَا لِلصَّانِعِ أَنَّ الْمُسْتَصْنِعَ مُشْتَرٍ شيئا لم يَرَهُ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عليه وهو الْمُسْتَصْنِعُ وَإِنْ كان مَعْدُومًا حَقِيقَةً لَكِنَّهُ جُعِلَ مَوْجُودًا شَرْعًا حتى جَازَ الْعَقْدُ اسْتِحْسَانًا وَمَنْ اشْتَرَى شيئا لم يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إذَا رَآهُ وَالصَّانِعُ بَائِعٌ شيئا لم يَرَهُ فَلَا خِيَارَ له وَلِأَنَّ إلْزَامَ حُكْمِ الْعَقْدِ في جَانِبِ الْمُسْتَصْنِعِ إضْرَارٌ لِأَنَّ من الْجَائِزِ أَنْ لَا يُلَائِمَهُ الْمَصْنُوعُ وَلَا يَرْضَى بِهِ فَلَوْ لَزِمَهُ وهو مُطَالَبٌ بِثَمَنِهِ فَيَحْتَاجُ إلَى بَيْعِهِ من غَيْرِهِ وَلَا يشتري منه بِمِثْلِ قِيمَتِهِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ وَلَيْسَ في الْإِلْزَامِ في جَانِبِ الصَّانِعِ ضَرَرٌ لِأَنَّهُ إنْ لم يَرْضَ بِهِ الْمُسْتَصْنِعُ يَبِيعُهُ من غَيْرِهِ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ وَذَلِكَ مُيَسَّرٌ عليه لِكَثْرَةِ مُمَارَسَتِهِ

هذا إذَا اسْتَصْنَعَ شيئا ولم يَضْرِبْ له أَجَلًا فَأَمَّا إذَا ضَرَبَ له أَجَلًا فإنه يَنْقَلِبُ سَلَمًا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَلَا يَجُوزُ إلَّا بِشَرَائِطِ السَّلَمِ وَلَا خِيَارَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا كما في السَّلَمِ وَعِنْدَهُمَا هو على حَالِهِ اسْتِصْنَاعٌ وَذِكْرُهُ الْأَجَلَ لِلتَّعْجِيلِ وَلَوْ ضَرَبَ الْأَجَلَ فِيمَا لَا تَعَامُلَ فيه يَنْقَلِبُ سَلَمًا بِالْإِجْمَاعِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ هذا اسْتِصْنَاعٌ حَقِيقَةً فَلَوْ صَارَ سَلَمًا إنَّمَا يَصِيرُ بِذِكْرِهِ الْمُدَّةَ وَأَنَّهُ قد يَكُونُ لِلِاسْتِعْجَالِ كما في الِاسْتِصْنَاعِ فَلَا يَخْرُجُ عن كَوْنِهِ اسْتِصْنَاعًا مع الِاحْتِمَالِ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْأَجَلَ في الْبَيْعِ من الْخَصَائِصِ اللَّازِمَةِ لِلسَّلَمِ فَذِكْرُهُ يَكُونُ ذِكْرًا لِلسَّلَمِ مَعْنًى وَإِنْ لم يَذْكُرْهُ صَرِيحًا كَالْكَفَالَةِ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ أنها حَوَالَةٌ مَعْنًى وَإِنْ لم يَأْتِ بِلَفْظِ الْحَوَالَةِ
وَقَوْلُهُ ذِكْرُ الْوَقْتِ قد يَكُونُ لِلِاسْتِعْجَالِ قُلْنَا لو حُمِلَ على الِاسْتِعْجَالِ لم يَكُنْ مُفِيدًا لِأَنَّ التَّعْجِيلَ غَيْرُ لَازِمٍ وَلَوْ حُمِلَ على حَقِيقَةِ التَّأْجِيلِ لَكَانَ مُفِيدًا لِأَنَّهُ لَازِمٌ فَكَانَ الْحَمْلُ عليه أَوْلَى وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ في اللَّحْمِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يَجُوزُ إذَا بَيَّنَ جِنْسَهُ وَنَوْعَهُ وَصِفَتَهُ وَقَدْرَهُ وَسِنَّهُ وَمَوْضِعَهُ لِأَنَّ الْفَسَادَ لِمَكَانِ الْجَهَالَةِ وقد زَالَتْ بِبَيَانِ هذه الْأَشْيَاءِ وَلِهَذَا كان مَضْمُونًا بِالْمِثْلِ في ضَمَانَ الْعُدْوَانِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المجهالة (((الجهالة))) تَبْقَى بَعْدَ بَيَانِ ما ذَكَرْنَاهُ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا من جِهَةِ الْهُزَالِ وَالسِّمَنِ
وَالثَّانِي من جِهَةِ قِلَّةِ الْعَظْمِ وَكَثْرَتِهِ وَكُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مُفْضِيَةٌ إلَى الْمُنَازَعَةِ وَقِيَاسُ الْوَجْهِ الثَّانِي أَنَّهُ لو أَسْلَمَ في مَنْزُوعِ الْعَظْمِ يَجُوزُ وهو رِوَايَةُ الْكَرْخِيِّ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ
وَقِيَاسُ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ كَيْفَ ما كان وهو ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ عن أبي حَنِيفَةَ وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ إنْ زَالَتْ الْجَهَالَةُ من إحْدَى الْجِهَتَيْنِ بَقِيَتْ من جِهَةٍ أُخْرَى وَهِيَ جَهَالَةُ السِّمَنِ وَالْهُزَالِ فَكَانَ الْمُسْلَمُ فيه مَجْهُولًا فَلَا يَصِحُّ السَّلَمُ إلَّا أَنَّهُ جُعِلَ مِثْلًا في ضَمَانِ الْعُدْوَانِ وَسَقَطَ اعْتِبَارُ التَّفَاوُتِ فيه شَرْعًا تَحْقِيقًا لِمَعْنَى الزَّجْرِ من وَجْهٍ لِأَنَّ ذلك لَا يَحْصُلُ بِالْقِيمَةِ لِأَنَّ لِلنَّاسِ رَغَائِبَ في الْأَعْيَانِ ما ليس في قِيمَتِهَا وَيَجُوزُ السَّلَمُ في الإلية

وَالشَّحْمِ وَزْنًا لِأَنَّهُ لَا تَخْتَلِفُ بِالسِّمَنِ وَالْهُزَالِ إلَّا يَسِيرًا بِخِلَافِ اللَّحْمِ فإن التَّفَاوُتَ بين غَيْرِ السمن (((السمين))) وَالسَّمِينِ وَالْمَهْزُولِ وَغَيْرِ الْمَهْزُولِ تَفَاوُتٌ فَاحِشٌ
وَأَمَّا السَّلَمُ في السَّمَكِ فَقَدْ اخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُ الْأَصْلِ في ذلك
وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَجُوزُ السَّلَمُ في الصِّغَارِ منه كَيْلًا وَوَزْنًا مَالِحًا كان أو طريا بَعْدَ أَنْ كان في حَيِّزِهِ لِأَنَّ الصِّغَارَ منه لَا يَتَحَقَّقُ فيه اخْتِلَافُ السِّمَنِ وَالْهُزَالِ وَلَا اخْتِلَافُ الْعَظْمِ بِخِلَافِ اللَّحْمِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وفي الْكِبَارِ عن أبي حَنِيفَةَ رِوَايَتَانِ في رِوَايَةٍ لَا يَجُوزُ طَرِيًّا كان أو مَالِحًا كَالسَّلَمِ في اللَّحْمِ لِاخْتِلَافِهَا بِالسِّمَنِ وَالْهُزَالِ كَاللَّحْمِ وفي رِوَايَةٍ يَجُوزُ كَيْفَ ما كان وَزْنًا لِأَنَّ التَّفَاوُتَ بين سَمِينِهِ وَمَهْزُولِهِ لَا يُعَدُّ تَفَاوُتًا عَادَةً لِقِلَّتِهِ وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ بِخِلَافِ اللَّحْمِ عِنْدَهُمَا وَالْفَرْقُ لَهُمَا أَنَّ بَيَانَ الْمَوْضِعِ من اللَّحْمِ شَرْطُ الْجَوَازِ عِنْدَهُمَا وَذَلِكَ لَا يَتَحَقَّقُ في السَّمَكِ فَأَشْبَهَ السَّلَمَ في الْمَسَالِيخِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا السَّلَمُ في الْخُبْزِ عَدَدًا فَلَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ لِتَفَاوُتٍ فَاحِشٍ بين خُبْزٍ وَخُبْزٍ في الصِّغَرِ وَالْكِبَرِ
وَأَمَّا وَزْنًا فَقَدْ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّ السَّلَمَ في الْخُبْزِ لَا يَجُوزُ في قَوْلِهِمْ لِتَفَاوُتٍ فَاحِشٍ بين خُبْزٍ وَخُبْزٍ في الْخَبْزِ وَالْخِفَّةِ وَالثِّقَلِ فتبقي جَهَالَةٌ مُفْضِيَةٌ إلَى الْمُنَازَعَةِ وَلِأَنَّ جَوَازَ السَّلَمِ ثَبَتَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ بِتَعَامُلِ الناس وَلَا تَعَامُلَ في

الْخُبْزِ وذلك (((وذكر))) في نَوَادِرِ ابْنِ رُسْتُمَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَجُوزُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا من وَقْتِ الْعَقْدِ إلَى وَقْتِ الْأَجَلِ فَإِنْ لم يَكُنْ مَوْجُودًا عِنْدَ الْعَقْدِ أو عِنْدَ مَحَلِّ الْأَجَلِ أو كان مَوْجُودًا فِيهِمَا لَكِنَّهُ انْقَطَعَ من أَيْدِي الناس فِيمَا بين ذلك كَالثِّمَارِ وَالْفَوَاكِهِ وَاللَّبَنِ وَأَشْبَاهِ ذلك لَا يَجُوزُ السَّلَمُ وَهَذَا عِنْدَنَا وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ الشَّرْطُ وُجُودُهُ عِنْدَ مَحَلِّ الْأَجَلِ لَا غير وَجْهُ قَوْلِهِ أن اعْتِبَارَ هذا الشَّرْطِ وهو الْوُجُودُ ليس لِعَيْنِهِ بَلْ لِلْقُدْرَةِ على التَّسْلِيمِ فَيُعْتَبَرُ وَقْتُ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ وَذَلِكَ عِنْدَ مَحَلِّ الْأَجَلِ فَأَمَّا قبل ذلك فَالْوُجُودُ فيه وَالْعَدَمُ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ
وَنَظِيرُ هذا في الْعَقْلِيَّاتِ ما قُلْنَا في اسْتِطَاعَةِ الْفِعْلِ أنها مع الْفِعْلِ لَا تَتَقَدَّمُهُ لِأَنَّ وُجُودَهَا لِلْفِعْلِ فَيَجِبُ وُجُودُهَا عِنْدَ الْفِعْلِ لَا سَابِقًا عليه كَذَا هذا
وَلَنَا أَنَّ الْقُدْرَةَ على التَّسْلِيمِ ثَابِتَةٌ لِلْحَالِ وفي وُجُودِهَا عِنْدَ الْمَحَلِّ شَكٌّ لِاحْتِمَالِ الْهَلَاكِ فَإِنْ بَقِيَ حَيًّا إلَى وَقْتِ الْمَحِلِّ تَثْبُتْ الْقُدْرَةُ وَإِنْ هَلَكَ قبل ذلك لَا تَثْبُتُ وَالْقُدْرَةُ لم تَكُنْ ثَابِتَةً فَوَقَعَ الشَّكُّ في ثُبُوتِهَا فَلَا تَثْبُتُ مع الشَّكِّ وَلَوْ كان مَوْجُودًا عِنْدَ الْعَقْدِ وَدَامَ وُجُودُهُ إلَى مَحَلِّ الْأَجَلِ فَحَلَّ الْأَجَلُ ولم يَقْبِضْهُ حتى انْقَطَعَ عن أَيْدِي الناس لَا يَنْفَسِخُ السَّلَمُ بَلْ هو على حَالِهِ صَحِيحٌ لِأَنَّ السَّلَمَ وَقَعَ صَحِيحًا لِثُبُوتِ الْقُدْرَةِ على التَّسْلِيمِ لِكَوْنِ الْمُسْلَمِ فيه مَوْجُودًا وَقْتَ الْعَقْدِ وَدَامَ وُجُودُهُ إلَى مَحَلِّ الْأَجَلِ إلَّا أن عَجَزَ عن التَّسْلِيمِ لِلْحَالِ لِعَارِضِ الِانْقِطَاعِ مع عَرَضِيَّةِ حُدُوثِ الْقُدْرَةِ ظَاهِرًا بِالْوُجُودِ فَكَانَ في بَقَاءِ الْعَقْدِ فَائِدَةٌ وَالْعَقْدُ إذَا انْعَقَدَ صَحِيحًا يَبْقَى لِفَائِدَةٍ مُحْتَمَلَةِ الْوُجُودِ وَالْعَدَمِ على السَّوَاءِ كَبَيْعِ الْآبِقِ إذَا أَبَقَ قبل الْقَبْضِ فَلَأَنْ يَبْقَى لِفَائِدَةِ عَوْدِ الْقُدْرَةِ في الثَّانِي ظَاهِرًا أَوْلَى لَكِنْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ لِرَبِّ السَّلَمِ إنْ شَاءَ فَسَخَ الْعَقْدَ وَإِنْ شَاءَ انْتَظَرَ وُجُودَهُ لِأَنَّ الِانْقِطَاعَ قبل الْقَبْضِ بِمَنْزِلَةِ تَغَيُّرِ الْمَعْقُودِ عليه قبل الْقَبْضِ وَأَنَّهُ يُوجِبُ الْخِيَارَ وَلَوْ أَسْلَمَ في حِنْطَةٍ قبل حُدُوثِهَا لَا يَصِحُّ عِنْدَنَا لِأَنَّهُ أَسْلَمَ في الْمُنْقَطِعِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا أَسْلَمَ في حِنْطَةِ مَوْضِعٍ أَنَّهُ إنْ كان مِمَّا لَا يُتَوَهَّمُ انْقِطَاعُ طَعَامِهِ جَازَ السَّلَمُ فيه كما إذَا أَسْلَمَ في حِنْطَةِ خُرَاسَانَ أو (((والعراق))) العراق أو فَرْغَانَةَ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ منها اسْمٌ لِوِلَايَةٍ فَلَا يُتَوَهَّمُ انْقِطَاعُ طَعَامِهَا وَكَذَا إذَا أَسْلَمَ في طَعَامِ بَلْدَةٍ كَبِيرَةٍ كَسَمَرْقَنْدَ وَبُخَارَى أو كَاشَانَ جَازَ لِأَنَّهُ لَا ينفذ (((ينفد))) طَعَامُ هذه الْبِلَادِ إلَّا على سَبِيلِ النُّدْرَةِ وَالنَّادِرُ مُلْحَقٌ بِالْعَدَمِ
وَمِنْ مَشَايِخِنَا من قال لَا يَجُوزُ إلَّا في طَعَامِ وِلَايَةٍ لِأَنَّ وَهْمَ الِانْقِطَاعِ فِيمَا وَرَاءَ ذلك ثَابِتٌ وَالسَّلَمُ عَقْدٌ جُوِّزَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ لِكَوْنِهِ بَيْعَ الْمَعْدُومِ فَتَجِبُ صِيَانَتُهُ عن غَرَرِ الِانْقِطَاعِ ما أَمْكَنَ
وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْمَوْضِعَ الْمُضَافَ إلَيْهِ الطَّعَامُ وَإِنْ كان مِمَّا لَا ينفذ (((ينفد))) طَعَامُهُ غَالِبًا يَجُوزُ السَّلَمُ فيه سَوَاءٌ كان وِلَايَةً أو بَلْدَةً كَبِيرَةً لِأَنَّ الْغَالِبَ في أَحْكَامِ الشَّرْعِ مُلْحَقٌ بِالْمُتَيَقَّنِ وَإِنْ كان مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَنْقَطِعَ طَعَامُهُ فَلَا يَجُوزُ فيه السَّلَمُ كَأَرْضٍ بِعَيْنِهَا أو قَرْيَةٍ بِعَيْنِهَا لِأَنَّهُ إذَا احْتُمِلَ الِانْقِطَاعُ لَا على سَبِيلِ النُّدْرَةِ لَا تَثْبُتُ الْقُدْرَةُ على التَّسْلِيمِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا قُدْرَةَ له لِلْحَالِ لِأَنَّهُ بَيْعُ المقاليس (((المفاليس))) وفي ثُبُوتِ الْقُدْرَةِ عِنْدَ مَحَلِّ الْأَجَلِ شَكٌّ لِاحْتِمَالِ الِانْقِطَاعِ فَلَا تَثْبُتُ الْقُدْرَةُ مع الشَّكِّ
وقد رُوِيَ أَنَّ زَيْدَ بن شُعْبَةَ لَمَّا أَرَادَ أَنْ يُسْلِمَ إلَى رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم قال أُسْلِمُ إلَيْكَ في تَمْرِ نَخْلَةٍ بِعَيْنِهَا فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَّا في

بِعَيْنِهَا فَلَا
وَذَكَرَ في الْأَصْلِ إذَا أَسْلَمَ في حِنْطَةِ هَرَاةَ لَا يَجُوزُ وَأَرَادَ قَرْيَةً من قُرَى الْفُرَاتِ الْمُسَمَّاةِ بِهَرَاةَ لِأَنَّهُ مِمَّا يَحْتَمِلُ انْقِطَاعَ طَعَامِهِ ثُمَّ لو أَسْلَمَ في ثَوْبِ هَرَاةَ وَذَكَرَ شَرَائِطَ السَّلَمِ يَجُوزُ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا ظَاهِرٌ لِأَنَّ إضَافَةَ الثَّوْبِ إلَى هَرَاةَ ذِكْرُ شَرْطٍ من شَرَائِطِ السَّلَمِ لَا جَوَازَ له بِدُونِهِ وهو بَيَانُ النَّوْعِ لَا تَخْصِيصُ الثَّوْبِ بِالْمَكَانِ الْمَذْكُورِ بِدَلِيلِ أَنَّ الْمُسْلَمَ إلَيْهِ لو أتى بِثَوْبٍ نُسِجَ في غَيْرِ هَرَاةَ لَكِنْ على صِفَةِ ثَوْبِ هَرَاةَ يُجْبَرُ رَبُّ السَّلَمِ على الْقَبُولِ فإذا ذَكَرَ النَّوْعَ وَذَكَرَ الشَّرَائِطَ الآخر كان هذا عَقْدًا اسْتَجْمَعَ شَرَائِطَهُ فَيَجُوزُ فَأَمَّا إضَافَةُ الطَّعَامِ إلَى هَرَاةَ فَلَيْسَ يُفِيدُ شَرْطًا لَا جَوَازَ لِلسَّلَمِ بِدُونِهِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو تَرَكَ الْإِضَافَةَ أَصْلًا جَازَ السَّلَمُ فَبَقِيَتْ الْإِضَافَةُ لِتَخْصِيصِ الطَّعَامِ بِمَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ يَحْتَمِلُ انْقِطَاعَ طَعَامِهِ فلم يَجُزْ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فَإِنْ كان مِمَّا لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لَا يَجُوزُ السَّلَمُ فيه لِأَنَّ الْمُسْلَمَ فيه مَبِيعٌ لِمَا رَوَيْنَا أَنَّ النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بَيْعِ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَرَخَّصَ في السَّلَمِ سمي السَّلَمَ بَيْعًا فَكَانَ الْمُسْلَمُ فيه مَبِيعًا وَالْمَبِيعُ مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وَالدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ لَا تَتَعَيَّنُ في عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ فلم تَكُنْ مَبِيعَةً فَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ فيها وَهَلْ يَجُوزُ السَّلَمُ في التِّبْرِ وَالنُّقْرَةِ وَالْمَصُوغِ فَعَلَى رِوَايَةِ كِتَابِ الصَّرْفِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ جَعَلَهَا بِمَنْزِلَةِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ الْمَضْرُوبَةِ
وَعَلَى رِوَايَةِ كِتَابِ الْمُضَارَبَةِ يَجُوزُ لِأَنَّهُ جَعَلَهَا بِمَنْزِلَةِ الْعُرُوضِ حَيْثُ لم يُجَوِّزْ الْمُضَارَبَةَ بها فَتَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فَكَانَتْ مَبِيعَةً فَيَجُوزُ السَّلَمُ فيها
وَعَلَى هذا أَيْضًا يَخْرُجُ السَّلَمُ في الْفُلُوسِ عَدَدًا إنه جَائِزٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَأَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْفُلُوسَ ما (((مما))) تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ في الْجُمْلَةِ عِنْدَهُمَا حتى جُوِّزَ بَيْعُ فَلْسٍ بِفَلْسٍ بِأَعْيَانِهِمَا وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَجُوزُ السَّلَمُ فيها كما لَا يَجُوزُ في الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لِأَنَّهَا أَثْمَانٌ عِنْدَهُ وَلِهَذَا لم يَجُزْ بَيْعُ وَاحِدٍ منها بِاثْنَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا وَيَجُوزُ السَّلَمُ في الْقَمَاقِمِ وَالْأَوَانِي الصُّفْرِيَّةِ التي تُبَاعُ عَدَدًا لِأَنَّهَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فَكَانَتْ مَبِيعَةً وَإِنْ كانت تُبَاعُ وَزْنًا لَا يَجُوزُ السَّلَمُ فيها ما لم يُعْرَفْ وَزْنُهَا لِأَنَّهَا مَجْهُولَةُ الْقَدْرِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مُؤَجَّلًا عِنْدَنَا حتى لَا يَجُوزَ السَّلَمُ في الْحَالِ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ هذا ليس بِشَرْطٍ وَسَلَمُ الْحَالِ جَائِزٌ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْأَجَلَ شُرِعَ نَظَرًا لِلْمُسْلَمِ إلَيْهِ تَمْكِينًا له من الِاكْتِسَابِ فَلَا يَكُونُ لَازِمًا كما في بَيْعِ الْعَيْنِ
وَلَنَا ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال من أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ في كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ أَوْجَبَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مُرَاعَاةَ الْأَجَلِ في السَّلَمِ كما أَوْجَبَ مُرَاعَاةَ الْقَدْرِ فيه فَيَدُلُّ على كَوْنِهِ شَرْطًا فيه كَالْقَدْرِ وَلِأَنَّ السَّلَمَ حَالًا يُفْضِي إلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّ السَّلَمَ بَيْعُ الْمَفَالِيسِ فَالظَّاهِرُ أَنْ يَكُونَ الْمُسْلَمُ إلَيْهِ عَاجِزًا عن تَسْلِيمِ الْمُسْلَمِ فيه

وَرَبُّ السَّلَمِ يطلب (((يطالب))) بِالتَّسْلِيمِ فَيَتَنَازَعَانِ على وَجْهٍ تَقَعُ الْحَاجَةُ إلَى الْفَسْخِ وَفِيهِ إلْحَاقُ الضَّرَرِ بِرَبِّ السَّلَمِ لِأَنَّهُ سَلَّمَ رَأْسَ الْمَالِ إلَى الْمُسْلَمِ إلَيْهِ وَصَرَفَهُ في حَاجَتِهِ فَلَا يَصِلُ إلَى الْمُسْلَمِ فيه وَلَا إلَى رَأْسِ الْمَالِ فَشُرِطَ الْأَجَلُ حتى لَا يَمْلِكَ الْمُطَالَبَةَ إلَّا بَعْدَ حَلِّ الْأَجَلِ وَعِنْدَ ذلك يَقْدِرُ على التَّسْلِيمِ ظَاهِرًا فَلَا يُؤَدِّي إلَى الْمُنَازَعَةِ الْمُفْضِيَةِ إلَى الْفَسْخِ وَالْإِضْرَارِ بِرَبِّ السَّلَمِ وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ لم يُشْرَعْ إلَّا رُخْصَةً لِكَوْنِهِ بَيْعَ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم نهى عن بَيْعِ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَرَخَّصَ في السَّلَمِ فَهَذَا الْحَدِيثُ يَدُلُّ على أَنَّ بَيْعَ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ لم يُشْرَعْ إلَّا رُخْصَةً وَإِن السَّلَمَ بَيْعُ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ أَيْضًا على ما ذَكَرْنَا من قَبْلُ

وَالرُّخْصَةُ في عُرْفِ الشَّرْعِ اسْمٌ لِمَا يُغَيَّرُ عن الْأَمْرِ الْأَصْلِيِّ بِعَارِضِ عُذْرٍ إلَى تَخْفِيفٍ وَيُسْرٍ كَرُخْصَةِ تَنَاوُلِ الْمَيْتَةِ وَشُرْبِ الْخَمْرِ بِالْإِكْرَاهِ وَالْمَخْمَصَةِ وَنَحْوِ ذلك فَالتَّرَخُّصُ في السَّلَمِ هو تَغْيِيرُ الْحُكْمِ الْأَصْلِيِّ وهو حُرْمَةُ بَيْعِ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ إلَى الْحِلِّ بِعَارِضِ عذر (((عذرا))) العدم (((لعدم))) ضَرُورَةِ الْإِفْلَاسِ فَحَالَةُ الْوُجُودِ وَالْقُدْرَةِ لَا يَلْحَقُهَا اسْمُ قُدْرَةِ الرُّخْصَةِ فَيَبْقَى الْحُكْمُ فيها على الْعَزِيمَةِ الْأَصْلِيَّةِ فَكَانَتْ حُرْمَةُ السَّلَمِ الْحَالِ على هذا التَّقْرِيرِ مُسْتَفَادَةً من النَّصِّ كان يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ السَّلَمُ من الْقَادِرِ على تَسْلِيمِ الْمُسْلَمِ فيه لِلْحَالِ إلَّا أَنَّهُ صَارَ مَخْصُوصًا عن النَّهْيِ الْعَامِّ فَأُلْحِقَ بِالْعَاجِزِ عن التَّسْلِيمِ لِلْحَالِ على اعْتِبَارِ الْأَصْلِ وَإِلْحَاقِ النَّادِرِ بِالْعَدَمِ في أَحْكَامِ الشَّرْعِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْمُوَفِّقُ لِلصَّوَابِ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مُؤَجَّلًا بِأَجَلٍ مَعْلُومٍ فَإِنْ كان مَجْهُولًا فَالسَّلَمُ فَاسِدٌ سَوَاءٌ كانت الْجَهَالَةُ مُتَفَاحِشَةً أو مُتَقَارِبَةً لِأَنَّ كُلَّ ذلك يُفْضِيَ إلَى الْمُنَازَعَةِ

وأنها مُفْسِدَةٌ لِلْعَقْدِ لِجَهَالَةِ الْقَدْرِ وَغَيْرِهَا على ما ذَكَرْنَا

وَأَمَّا مِقْدَارُ الْأَجَلِ فلم يُذْكَرْ في الْأَصْلِ

وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّ تَقْدِيرَ الْأَجَلِ إلَى الْعَاقِدَيْنِ حتى لو قَدَّرَا نِصْفَ يَوْمٍ جَازَ وقال بَعْضُ مَشَايِخِنَا أَقَلُّهُ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ قِيَاسًا على خِيَارِ الشَّرْطِ

وَهَذَا الْقِيَاسُ غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ أَقَلَّ مُدَّةِ الْخِيَارِ ليس بِمُقَدَّرٍ وَالثَّلَاثُ أَكْثَرُ الْمُدَّةِ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ فَلَا يَسْتَقِيمُ الْقِيَاسُ

وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَدَّرَ بِالشَّهْرِ وهو الصَّحِيحُ

لِأَنَّ الْأَجَلَ إنَّمَا شُرِطَ في السَّلَمِ تَرْفِيهًا وَتَيْسِيرًا على الْمُسْلَمِ إلَيْهِ لِيَتَمَكَّنَ من الِاكْتِسَابِ في الْمُدَّةِ وَالشَّهْرُ مُدَّةٌ مُعْتَبَرَةٌ يُمَكَّنُ فيها من الِاكْتِسَابِ فَيَتَحَقَّقُ مَعْنَى التَّرْفِيهِ

فَأَمَّا ما دُونَهُ فَفِي حَدِّ الْقِلَّةِ فَكَانَ له حُكْمُ الْحُلُولِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَلَوْ مَاتَ الْمُسْلَمُ إلَيْهِ قبل الْأَجَلِ حَلَّ الدَّيْنُ

وَكَذَلِكَ كُلُّ دَيْنٍ مُؤَجَّلٍ سِوَاهُ إذَا مَاتَ من عليه الدَّيْنُ

وَالْأَصْلُ في هذا أَنَّ مَوْتَ من عليه الدَّيْنُ يُبْطِلُ الْأَجَلَ وَمَوْتَ من له الدَّيْنُ لَا يُبْطِلُ

لِأَنَّ الْأَجَلَ حَقُّ الْمَدْيُونِ لَا حَقُّ صَاحِبِ الدَّيْنِ فَتُعْتَبَرُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ في الْأَجَلِ

وَبُطْلَانِهِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَمِنْهَا بَيَانُ مَكَانِ إيفَائِهِ إذَا كان له حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ليس بِشَرْطٍ وَعَلَى هذا الْخِلَافِ بَيَانُ مَكَانِ الْأُجْرَةِ في الْإِجَارَاتِ إذَا كان لها حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ وَعَلَى هذا الْخِلَافِ إذَا جُعِلَ الْمَكِيلُ الْمَوْصُوفُ أو الْمَوْزُونُ الْمَوْصُوفُ ثَمَنًا في بَيْعِ الْعَيْنِ أَنَّهُ لَا بُدَّ من بَيَانِ مَكَانِ التَّسْلِيمِ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا كَذَا أَطْلَقَهُ الْكَرْخِيُّ ولم يَفْصِلْ بين ما إذَا كان مُؤَجَّلًا أو غير مُؤَجَّلٍ
وَمِنْ أَصْحَابِنَا من فَرَّقُوا فَقَالُوا إذَا كان حَالًا يَتَعَيَّنُ مَكَانُ الْعَقْدِ لِلتَّسْلِيمِ بِالْإِجْمَاعِ
وَحَاصِلُ الِاخْتِلَافِ رَاجِعٌ إلَى مَكَانِ الْعَقْدِ هل يَتَعَيَّنُ لِلْإِيفَاءِ عِنْدَهُ لَا يَتَعَيَّنُ وَعِنْدَهُمَا يَتَعَيَّنُ لِأَنَّهُ إذَا لم يَتَعَيَّنْ مَكَانُ الْعَقْدِ لِلْإِيفَاءِ عِنْدَهُ ولم يُوجَدْ مِنْهُمَا تَعْيِينُ مَكَان آخَرَ بَقِيَ مَكَانُ الْإِيفَاءِ مَجْهُولًا جَهَالَةً مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ وَلَمَّا تَعَيَّنَ مَكَانُ الْعَقْدِ لِلْإِيفَاءِ عِنْدَهُمَا صَارَ مَكَانُ الْإِيفَاءِ مَعْلُومًا فَيَصِحُّ وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ سَبَبَ وُجُوبِ الْإِيفَاءِ هو الْعَقْدُ وَالْعَقْدُ وُجِدَ في هذا الْمَكَانِ فَيَتَعَيَّنُ مَكَانُ الْعَقْدِ لِوُجُوبِ الْإِيفَاءِ فيه كما في بَيْعِ الْعَيْنِ إذَا كان الْمُسْلَمُ فيه شيئا له حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ فإنه يَتَعَيَّنُ مَكَانُ الْعَقْدِ لِوُجُوبِ الْإِيفَاءِ فيه لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْعَقْدَ وُجِدَ مُطْلَقًا عن تَعْيِينِ مَكَان فَلَا يَتَعَيَّنُ مَكَانُ الْعَقْدِ لِلْإِيفَاءِ وَالدَّلِيلُ على إطْلَاقِ الْعَقْدِ عن تَعْيِينِ مَكَانٍ الْحَقِيقَةُ وَالْحُكْمُ أَمَّا الْحَقِيقَةُ فَلِأَنَّهُ لم يُوجَدْ ذِكْرُ الْمَكَانِ في الْعَقْدِ نَصًّا فَالْقَوْلُ بِتَعْيِينِ مَكَانِ الْعَقْدِ شَرْعًا من غَيْرِ تَعْيِينِ الْعَاقِدَيْنِ تقييدا (((تقييد))) لمطلق (((المطلق))) فَلَا يَجُوزُ إلَّا بِدَلِيلٍ
وَأَمَّا الْحُكْمُ فإن الْعَاقِدَيْنِ لو عَيَّنَا مَكَانًا آخَرَ جَازَ وَلَوْ كان تَعْيِينُ مَكَانِ الْعَقْدِ من مُقْتَضَيَاتِ الْعَقْدِ شَرْعًا لَكَانَ تَعْيِينُ مَكَان آخَرَ تَغْيِيرًا لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ وأنه يُعْتَبَرُ فيه حُكْمُ الشَّرْعِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ وإذا لم يَتَعَيَّنْ مَكَانُ الْعَقْدِ لِلْإِيفَاءِ بَقِيَ مَكَانُ الْإِيفَاءِ مَجْهُولًا جَهَالَةً مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ لِأَنَّ في الْأَشْيَاءِ التي لها حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَمْكِنَةِ لِمَا يَلْزَمُ في حَمْلِهَا من مَكَان إلَى مَكَان آخَرَ من الْمُؤْنَةِ فَيَتَنَازَعَانِ
وَأَمَّا قَوْلُهُمَا سَبَبُ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ هو الْعَقْدُ في هذا الْمَكَانِ
قُلْنَا ليس كَذَلِكَ فإن الْعَقْدَ قَائِمٌ بِالْعَاقِدَيْنِ لَا بِالْمَكَانِ فلم يُوجَدْ الْعَقْدُ في هذا الْمَكَانِ وَإِنَّمَا هذا مَكَانُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ على أَنَّ الْعَقْدَ ليس بِسَبَبٍ لِوُجُوبِ التَّسْلِيمِ لِلْحَالِ وَإِنَّمَا يَصِيرُ سَبَبًا عِنْدَ حَلِّ الْأَجَلِ مَقْصُورًا عليه وَعِنْدَ ذلك مَكَانُ الْعَاقِدَيْنِ ليس بِمُتَّحِدٍ بَلْ مُخْتَلِفٍ فَيَتَنَازَعَانِ
وَأَمَّا الْمُسْلَمُ فيه إذَا لم يَكُنْ له حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ فَعَنْ أبي حَنِيفَةَ فيه رِوَايَتَانِ في رِوَايَةٍ لَا يَتَعَيَّنُ مَكَانُ الْعَقْدِ هُنَاكَ أَيْضًا وهو رِوَايَةُ كِتَابِ الْإِجَارَاتِ وَيُوَفِّيهِ في أَيِّ مَكَان شَاءَ وَهَذَا لَا يُوجِبُ الْفَسَادَ لِأَنَّ الْفَسَادَ هَهُنَا لِمَكَانِ الْجَهَالَةِ الْمُفْضِيَةِ إلَى الْمُنَازَعَةِ لِاخْتِلَافِ الْقِيمَةِ بِاخْتِلَافِ الْأَمْكِنَةِ وما لَا حِمْلَ له وَلَا مُؤْنَةَ لَا تَخْتَلِفُ قِيمَتُهُ بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِنِ فلم تَكُنْ جهلة (((جهالة))) مَكَانِ الْإِيفَاءِ مُفْضِيَةً إلَى الْمُنَازَعَةِ وفي رِوَايَةٍ يَتَعَيَّنُ مَكَانُ الْعَقْدِ لِلْإِيفَاءِ وهو قَوْلُ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وهو رِوَايَةُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ
وَرِوَايَةُ الْبُيُوعِ من الْأَصْلِ
وَمِنْ مَشَايِخِنَا من أَوَّلَ هذه الرِّوَايَةِ وقال هِيَ مَعْنَى قَوْلِهِ يُوَفِّيهِ في الْمَكَانِ الذي أَسْلَمَ فيه إذَا لم يَتَنَازَعَا
فإذا تَنَازَعَا يَأْخُذُهُ بِالتَّسْلِيمِ حَيْثُ ما لَقِيَهُ

وَلَوْ شَرَطَ رَبُّ السَّلَمِ التَّسْلِيمَ في بَلَدٍ أو قَرْيَةٍ فَحَيْثُ سَلَّمَ إلَيْهِ في ذلك الْمَوْضِعِ فَهُوَ جَائِزٌ وَلَيْسَ لِرَبِّ السَّلَمِ أَنْ يَتَخَيَّرَ مَكَانًا لِأَنَّ الْمَشْرُوطَ هو التَّسْلِيمُ في مَكَان منه مُطْلَقًا وقد وُجِدَ وَإِنْ سَلَّمَ في غَيْرِ الْمَكَانِ الْمَشْرُوطِ فَلِرَبِّ السَّلَمِ أَنْ يأتي (((يأبى))) لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ فَإِنْ أَعْطَاهُ على ذلك أَجْرًا لم يَجُزْ له أَخْذُ الْأَجْرِ عليه لِأَنَّهُ لَمَّا قَبَضَ الْمُسْلَمَ فيه فَقَدْ تَعَيَّنَ مِلْكُهُ في الْمَقْبُوضِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَخَذَ الْأَجْرَ على

(5/213)

نَقْلِ مِلْكِ نَفْسِهِ فلم يَجُزْ فَيَرُدُّ الْأَجْرَ وَلَهُ أَنْ يَرُدَّ الْمُسْلَمَ فيه حتى يُسْلِمَ في الْمَكَانِ الْمَشْرُوطِ لِأَنَّ حَقَّهُ في التَّسْلِيمِ فيه ولم يَرْضَ بِبُطْلَانِ حَقِّهِ إلَّا بِعِوَضٍ ولم يُسْلِمْ له فَبَقِيَ حَقُّهُ في التَّسْلِيمِ في الْمَكَانِ الْمَشْرُوطِ وَهَذَا بِخِلَافِ ما إذَا صلح (((صالح))) الشَّفِيعُ من الشُّفْعَةِ التي وَجَبَتْ له على مَالٍ إنه لَا يَصِحُّ الصُّلْحُ وَيَسْقُطُ حَقُّهُ في الشُّفْعَةِ وَعَلَيْهِ رَدُّ بَدَلِ الصُّلْحِ وإذا رَدَّهُ لَا يَعُودُ حَقُّهُ في الشُّفْعَةِ لِأَنَّهُ ليس لِلشَّفِيعِ حَقٌّ ثَابِتٌ في الْمَحَلِّ قبل التَّمْلِيكِ بِالشُّفْعَةِ وَإِنَّمَا له حَقُّ أَنْ يَتَمَلَّكَ وَهَذَا ليس بِحَقٍّ ثَابِتٍ في الْمَحَلِّ فَلَا يَحْتَمِلُ الِاعْتِيَاضَ وَبَطَلَ حَقُّهُ من الشُّفْعَةِ بِإِعْرَاضِهِ عن الطَّلَبِ بِإِسْقَاطِهِ صَرِيحًا وَلِرَبِّ السَّلَمِ حَقٌّ ثَابِتٌ في التَّسْلِيمِ في الْمَكَانِ الْمَشْرُوطِ فإذا لم يَصِحَّ الِاعْتِيَاضُ عنه الْتَحَقَ الِاعْتِيَاضُ بِالْعَدَمِ وَبَقِيَ الْحَقُّ على ما كان وَالَّذِي يَدُلُّ على التَّفْرِقَةِ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ لو قال أَسْقَطْتُ حَقِّي في الشُّفْعَةِ يَسْقُطُ وَلَوْ قال أَسْقَطْتُ حَقِّي في التَّسْلِيمِ في ذلك الْمَكَانِ لَا يَسْقُطُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْبَدَلَيْنِ جميعا فَهُوَ أَنْ لَا يَجْمَعَهُمَا أَحَدُ وَصْفَيْ عِلَّةِ رِبَا الْفَضْلِ وَذَلِكَ إمَّا الْكَيْلُ وَإِمَّا الْوَزْنُ وَإِمَّا الْجِنْسُ لِأَنَّ أَحَدَ وَصْفَيْ عِلَّةِ رِبَا الْفَضْلِ هو عِلَّةُ رِبَا النَّسَاءِ فإذا اجْتَمَعَ أَحَدُ هَذَيْنِ الْوَصْفَيْنِ في الْبَدَلَيْنِ يَتَحَقَّقُ رِبَا النَّسَاءِ وَالْعَقْدُ الذي فيه رِبًا فَاسِدٌ وَعَلَى هذا يَخْرُجُ إسْلَامُ الْمَكِيلِ في الْمَكِيلِ أو الْمَوْزُونِ في الْمَوْزُونِ وَالْمَكِيلِ في الْمَوْزُونِ وَالْمَوْزُونِ في الْمَكِيلِ وَغَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ بِجِنْسِهِمَا من الثِّيَابِ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ وقد ذَكَرْنَا جُمْلَةَ ذلك وَتَفْصِيلَهُ فِيمَا تَقَدَّمَ في مَسَائِلِ رِبَا النَّسَاءِ وَاَللَّهُ تَعَالَى الْمُوَفِّقُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَجُوزُ من التَّصَرُّفِ في الْمُسْلَمِ فيه وما لَا يَجُوزُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ لَا يَجُوزُ اسْتِبْدَالُ الْمُسْلَمِ فيه قبل قَبْضِهِ بِأَنْ يَأْخُذَ رَبُّ السَّلَمِ مَكَانَهُ من غَيْرِ جِنْسِهِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمُسْلَمَ فيه وَإِنْ كان دَيْنًا فَهُوَ مَبِيعٌ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمَبِيعِ الْمَنْقُولِ قبل الْقَبْضِ وَيَجُوزُ الْإِبْرَاءُ عنه لِأَنَّ قَبْضَهُ ليس بِمُسْتَحَقٍّ على رَبِّ السَّلَمِ فَكَانَ هو بِالْإِبْرَاءِ مُتَصَرِّفًا في خَالِصِ حَقِّهِ بِالْإِسْقَاطِ فَلَهُ ذلك بِخِلَافِ الْإِبْرَاءِ على رَأْسِ الْمَالِ لِأَنَّهُ مُسْتَحَقُّ الْقَبْضِ حَقًّا لِلشَّرْعِ فَلَا يَمْلِكُ إسْقَاطَهُ بِنَفْسِهِ بِالْإِبْرَاءِ على ما ذَكَرْنَا

وَتَجُوزُ الْحَوَالَةُ بِالْمُسْلَمِ فيه لِوُجُودِ رُكْنِ الْحَوَالَةِ مع شَرَائِطِهِ وَكَذَلِكَ الْكَفَالَةُ بِهِ لِمَا قُلْنَا إلَّا أَنَّ في الْحَوَالَةِ يَبْرَأُ الْمُسْلَمُ إلَيْهِ وفي الْكَفَالَةِ لَا يَبْرَأُ وَرَبُّ السَّلَمِ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ طَالَبَ الْمُسْلَمَ إلَيْهِ وَإِنْ شَاءَ طَالَبَ الْكَفِيلَ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ مُبَرِّئَةٌ وَالْكَفَالَةَ لَيْسَتْ بِمُبَرِّئَةٍ إلَّا إذَا كانت بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْمَكْفُولِ عنه لِأَنَّهَا حَوَالَةٌ مَعْنًى على ما ذَكَرْنَا

وَلَا يَجُوزُ لِرَبِّ السَّلَمِ الِاسْتِبْدَالُ مع الْكَفِيلِ كما لَا يَجُوزُ ذلك مع الْمُسْلَمِ إلَيْهِ

لِأَنَّهُ كَفِيلٌ بِمَا على الْمُسْلَمِ إلَيْهِ لَا بِدَيْنٍ آخَرَ إذْ الدَّيْنُ وَاحِدٌ وَإِنَّمَا تَعَدَّدَتْ الْمُطَالَبَةُ بِالْكَفَالَةِ وهو الصَّحِيحُ على ما يَجِيءُ في كِتَابِ الْكَفَالَةِ
وَيَجُوزُ لِلْكَفِيلِ أَنْ يَسْتَبْدِلَ مع الْمُسْلَمِ إلَيْهِ عِنْدَ الرُّجُوعِ فَيَأْخُذُ بَدَلَ ما أَدَّى إلَى رَبِّ السَّلَمِ لِأَنَّ الْكَفَالَةَ إذَا كانت بِأَمْرِ الْمَكْفُولِ عنه كانت إقْرَاضًا وَاسْتِقْرَاضًا كان الْكَفِيلَ أَقْرَضَ الْمُسْلَمَ إلَيْهِ وَاسْتِبْدَالُ الْقَرْضِ قبل الْقَبْضِ جَائِزٌ
وَيَجُوزُ الرَّهْنُ بِالْمُسْلَمِ فيه لِأَنَّهُ دَيْنٌ حَقِيقَةً وَالرَّهْنُ بِالدَّيْنِ أَيِّ دَيْنٍ كان جَائِزٌ وَالْإِقَالَةُ جَائِزَةٌ في الْمُسْلَمِ فيه كما تَجُوزُ في بَيْعِ الْعَيْنِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من أَقَالَ نَادِمًا أَقَالَ اللَّهُ عَثَرَاتِهِ يوم الْقِيَامَةِ مُطْلَقًا من غَيْرِ فَصْلٍ وَلِأَنَّ الْإِقَالَةَ في بَيْعِ الْعَيْنِ إنَّمَا شُرِعَتْ نَظَرًا لِلْعَاقِدَيْنِ دَفْعًا لِحَاجَةِ النَّدَمِ وَاعْتِرَاضُ النَّدَمِ في السَّلَمِ هَهُنَا أَكْثَرُ لِأَنَّهُ بَيْعٌ بِأَوْكَسِ الْأَثْمَانِ فَكَانَ أَدْعَى إلَى شَرْعِ الْإِقَالَةِ فيه ثُمَّ جُمْلَةُ الْكَلَامِ في الْإِقَالَةِ في السَّلَمِ أَنَّهُ لَا يَخْلُو إمَّا إنْ تَقَايَلَا السَّلَمَ في كل الْمُسْلَمِ فيه وَإِمَّا إنْ تقابلا (((تقايلا))) في بَعْضٍ دُونَ بَعْضٍ فَإِنْ تَقَايَلَا في كل الْمُسْلَمِ فيه جَازَتْ الْإِقَالَةُ لِمَا قُلْنَا سَوَاءٌ كانت الْإِقَالَةُ بَعْدَ حَلِّ الْأَجَلِ أو قَبْلَهُ لِأَنَّ نَصَّ الْإِقَالَةِ مُطْلَقٌ لَا يَفْصِلُ بين حَالٍ وَحَالٍ وَكَذَا جَوَازُ اعْتِرَاضِ النَّدَمِ قَائِمٌ في الْحَالَيْنِ وَسَوَاءٌ كان رَأْسُ الْمَالِ قَائِمًا في يَدِ الْمُسْلَمِ إلَيْهِ أو هَالِكًا أَمَّا إذَا كان قَائِمًا فَلَا شَكَّ فيه
وَكَذَا إذَا كان هَالِكًا لِأَنَّ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ ثَمَنٌ وَالْمَبِيعُ هو الْمُسْلَمُ فيه وَقِيَامُ الثَّمَنِ ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْإِقَالَةِ إنَّمَا الشَّرْطُ قِيَامُ الْمَبِيعِ وقد وُجِدَ ثُمَّ إذَا جَازَتْ الْإِقَالَةُ فَإِنْ كان رَأْسُ الْمَالِ مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وهو قَائِمٌ فَعَلَى الْمُسْلَمِ إلَيْهِ رَدُّ عَيْنِهِ إلَى رَبِّ السَّلَمِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ وَإِنْ كان هَالِكًا فَإِنْ كان مِمَّا له مِثْلٌ فَعَلَيْهِ رَدُّ مِثْلِهِ وَإِنْ كان مِمَّا لَا مِثْلَ له فَعَلَيْهِ رَدُّ قِيمَتِهِ وَإِنْ كان رَأْسُ الْمَالِ مِمَّا لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فَعَلَيْهِ رَدُّ مِثْلِهِ هَالِكًا

كان أو قَائِمًا لِأَنَّهُ قَبَضَهُ عن عَقْدٍ صَحِيحٍ
وَكَذَلِكَ إذَا قَبَضَ رَبُّ السَّلَمِ الْمُسْلَمَ فيه تَقَايَلَا وَالْمَقْبُوضُ قَائِمٌ في يَدِهِ جَازَتْ الْإِقَالَةُ وَعَلَى رَبِّ السَّلَمِ رَدُّ عَيْنِ ما قَبَضَ لِأَنَّ الْمَقْبُوضَ في يَدِهِ بَعْدَ السَّلَمِ كَأَنَّهُ عَيْنُ ما وَرَدَ عليه عَقْدُ السَّلَمِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَجُوزُ لِرَبِّ السَّلَمِ أَنْ يَبِيعَ الْمَقْبُوضَ مُرَابَحَةً على رَأْسِ الْمَالِ وَإِنْ تَقَايَلَا السَّلَمَ في بَعْضِ الْمُسْلَمِ فيه فَإِنْ كان بَعْدَ حَلِّ الْأَجَلِ جَازَتْ الْإِقَالَةُ فيه بِقَدْرِهِ إذَا كان الْبَاقِي جزأ مَعْلُومًا من النِّصْفِ وَالثُّلُثِ وَنَحْوِ ذلك من الْأَجْزَاءِ الْمَعْلُومَةِ ما ذَكَرْنَا أَنَّ الْإِقَالَةَ شُرِعَتْ نَظَرًا وفي إقَالَةِ الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ هَهُنَا نَظَرٌ من الْجَانِبَيْنِ لِأَنَّ السَّلَمَ بَيْعٌ بِأَبْخَسِ الْأَثْمَانِ لِهَذَا سَمَّاهُ ابن عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عنهما حَسَنًا جَمِيلًا فقال رضي اللَّهُ عنه ذلك الْمَعْرُوفُ الْحَسَنُ الجميلوالسلم في الْبَاقِي إلَى أَجَلِهِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ
وقال ابن أبي لَيْلَى يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ في الْكُلِّ وَالصَّحِيحُ قَوْلُ الْعَامَّةِ لِأَنَّ الْإِقَالَةَ وُجِدَتْ في الْبَعْضِ لَا في الْكُلِّ فَلَا تُوجِبُ انْفِسَاخَ الْعَقْدِ في الْكُلِّ لِأَنَّ الْحُكْمَ يَثْبُتُ بِقَدْرِ الْعِلَّةِ هذا هو الْأَصْلُ وَإِنْ كان قبل حَلِّ الْأَجَلِ يُنْظَرُ إنْ لم يُشْتَرَطْ

فِي الْإِقَالَةِ تَعْجِيلُ الْبَاقِي من الْمُسْلَمِ جَازَتْ الْإِقَالَةُ أَيْضًا وَالسَّلَمُ في الْبَاقِي إلَى أَجَلِهِ وَإِنْ اُشْتُرِطَ فيها تَعْجِيلُ الْبَاقِي لم يَصِحَّ الشَّرْطُ وَالْإِقَالَةُ صَحِيحَةٌ أَمَّا فَسَادُ الشَّرْطِ فَلِأَنَّهُ اعْتِيَاضٌ عن الْأَجَلِ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْأَجَلَ ليس بِمَالٍ فَلَا يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ عنه

وَأَمَّا صِحَّةُ الْإِقَالَةِ فَلِأَنَّ الْإِقَالَةَ لَا تُبْطِلُهَا الشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ فَبَطَلَ الشَّرْطُ وَصَحَّتْ الْإِقَالَةُ وَهَذَا على قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لِأَنَّ الْإِقَالَةَ عِنْدَهُمَا فَسْخٌ

وَأَمَّا على قِيَاسِ قَوْلِ أبي يُوسُفَ فَتَبْطُلُ الْإِقَالَةُ وَالسَّلَمُ على حَالِهِ إلَى أَجَلِهِ لِأَنَّ الْإِقَالَةَ عِنْدَهُ بَيْعٌ جَدِيدٌ وَالْبَيْعُ تُبْطِلُهُ الشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

وَمِنْهَا قَبْضُ الْبَدَلَيْنِ في بَيْعِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ وهو عَقْدُ الصَّرْفِ وَالْكَلَامُ في الصَّرْفِ في الْأَصْلِ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في تَفْسِيرِ الصَّرْفِ في عُرْفِ الشَّرْعِ

وَالثَّانِي في بَيَانِ شَرَائِطِهِ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَالصَّرْفُ في مُتَعَارَفِ الشَّرْعِ اسْمٌ لِبَيْعِ الْأَثْمَانِ الْمُطْلَقَةِ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ وهو بَيْعُ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ وَأَحَدِ الْجِنْسَيْنِ بِالْآخَرِ فَاحْتُمِلَ تَسْمِيَةُ هذا النَّوْعِ من الْبَيْعِ صَرْفًا لِمَعْنَى الرَّدِّ وَالنَّقْلِ يُقَالُ صَرَفْتُهُ عن كَذَا إلَى كَذَا سُمِّيَ صَرْفًا لِاخْتِصَاصِهِ بِرَدِّ الْبَدَلِ وَنَقْلِهِ من يَدٍ إلَى يَدٍ وَيُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ التَّسْمِيَةُ لِمَعْنَى الْفَضْلِ إذْ الصَّرْفُ يُذْكَرُ بِمَعْنَى الْفَضْلِ كما رُوِيَ في الحديث من فَعَلَ كَذَا لم يَقْبَلْ اللَّهُ منه صَرْفًا وَلَا عَدْلًا فَالصَّرْفُ الْفَضْلُ وهو النَّافِلَةُ وَالْعَدْلُ الْفَرْضُ

سُمِّيَ هذا الْعَقْدُ صَرْفًا لِطَلَبِ التَّاجِرِ الْفَضْلَ منه عَادَةً لِمَا يُرْغَبُ في عَيْنِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ

فَصْلٌ وَأَمَّا الشَّرَائِطُ فَمِنْهَا قَبْضُ الْبَدَلَيْنِ قبل الِافْتِرَاقِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في الحديث الْمَشْهُورِ وَالذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ

وَرُوِيَ عن أبي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ قال لَا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ وَلَا تسقوا (((تشفوا))) بَعْضَهَا على بَعْضٍ وَلَا تَبِيعُوا منها شيئا غَائِبًا بِنَاجِزٍ

وَرُوِيَ عن عبد اللَّهِ بن سَيِّدِنَا عُمَرَ عن أبيه رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ وَلَا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ وَلَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالْوَرِقِ أَحَدُهُمَا غَائِبٌ وَالْآخَرُ نَاجِزٌ وَإِنْ اسْتَنْظَرَك حتى يَلِجَ بَيْتَهُ فَلَا تنطره (((تنظره))) إنِّي أَخَافُ عَلَيْكُمْ الرَّمَاءَ أَيْ الرِّبَا فَدَلَّتْ هذه النُّصُوصُ على اشْتِرَاطِ قَبْضِ الْبَدَلَيْنِ قبل الافتراض (((الافتراق)))

وَتَفْسِيرُ الِافْتِرَاقِ هو أَنْ يَفْتَرِقَ الْعَاقِدَانِ بِأَبْدَانِهِمَا عن مَجْلِسِهِمَا فَيَأْخُذَ هذا في جِهَةٍ وَهَذَا في جِهَةٍ أو يَذْهَبَ أَحَدُهُمَا وَيَبْقَى الْآخَرُ حتى لو كَانَا في مَجْلِسِهِمَا لم يَبْرَحَا عنه لم يَكُونَا مُفْتَرِقَيْنِ

وَإِنْ طَالَ مَجْلِسُهُمَا لِانْعِدَامِ الِافْتِرَاقِ بِأَبْدَانِهِمَا وَكَذَا إذَا نَامَا في الْمَجْلِسِ أو أُغْمِيَ عَلَيْهِمَا لِمَا قُلْنَا وَكَذَا إذَا قَامَا عن مَجْلِسِهِمَا فَذَهَبَا مَعًا في جِهَةٍ وَاحِدَةٍ وَطَرِيقٍ واحد (((واحدة))) وَمَشَيَا مِيلًا أو أَكْثَرَ ولم يُفَارِقْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فليس (((فليسا))) بِمُفْتَرِقَيْنِ لِأَنَّ الْعِبْرَةَ لِتَفَرُّقِ الْأَبْدَانِ ولم يُوجَدْ فَرْقٌ بين هذا وَبَيْنَ خِيَارِ الْمُخَيَّرَةِ إذَا قَامَتْ عن مَجْلِسِهَا أو اشْتَغَلَتْ بِعَمَلٍ آخَرَ يَخْرُجُ الْأَمْرُ من يَدِهَا لِأَنَّ خِيَارَ الْمُخَيَّرَةِ يَبْطُلُ بِالْإِعْرَاضِ عَمَّا فُوِّضَ إلَيْهَا وَالْقِيَامُ عن الْمَجْلِسِ أو الِاشْتِغَالُ بِعَمَلٍ آخَرُ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ وَهَهُنَا لَا عِبْرَةَ بِالْإِعْرَاضِ إنَّمَا الْعِبْرَةُ لِلِافْتِرَاقِ بِالْأَبْدَانِ ولم يُوجَدْ

وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ أَنَّهُ أَلْحَقَ هذا بِخِيَارِ الْمُخَيَّرَةِ حتى لو نَامَ طَوِيلًا أو وُجِدَ ما يَدُلُّ على الْإِعْرَاضِ يَبْطُلُ الصَّرْفُ كَالْخِيَارِ
وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ في رَجُلٍ له علي إنْسَانٍ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَكَذَلِكَ الرَّجُلُ عليه خَمْسُونَ دِينَارًا فَأَرْسَلَ إلَيْهِ رَسُولًا فقال

بِعْتُكَ الدَّنَانِيرَ التي لي عَلَيْكَ بِالدَّرَاهِمِ التي لَك عَلَيَّ وقال قَبِلْتُ فَهُوَ بَاطِلٌ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ لَا تَتَعَلَّقُ بِالرَّسُولِ بَلْ بِالْمُرْسِلِ وَهُمَا مُفْتَرِقَانِ بِأَبْدَانِهِمَا
وَكَذَلِكَ لو نَادَى أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ من وَرَاءِ جِدَارٍ أو نَادَاهُ من بَعِيدٍ لم يَجُزْ لِأَنَّهُمَا مُفْتَرِقَانِ بِأَبْدَانِهِمَا عِنْدَ الْعَقْدِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ الْمُطْلَقِ إذَا أَرْسَلَ رَسُولًا إلَى إنْسَانٍ فقال بِعْتُ عَبْدِي الذي في مَكَانِ كَذَا مِنْك بِكَذَا فَقَبِلَ ذلك الرَّجُلُ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ لِأَنَّ التَّقَابُضَ في الْبَيْعِ الْمُطْلَقِ ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْعَقْدِ وَلَا يَكُونُ الِافْتِرَاقُ مُفْسِدًا له ثُمَّ الْمُعْتَبَرُ افْتِرَاقُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ سَوَاءٌ كَانَا مَالِكَيْنِ أو نَائِبَيْنِ عنهما كَالْأَبِ وَالْوَصِيِّ وَالْوَكِيلِ لِأَنَّ الْقَبْضَ من حُقُوقِ الْعَقْدِ وَحُقُوقُ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْعَاقِدَيْنِ فَيُعْتَبَرُ افْتِرَاقُهُمَا
ثُمَّ إنَّمَا يُعْتَبَرُ التَّفَرُّقُ بِالْأَبْدَانِ في مَوْضِعٍ يُمْكِنُ اعْتِبَارُهُ فَإِنْ لم يُمْكِنْ اعْتِبَارُهُ يُعْتَبَرُ الْمَجْلِسُ دُونَ التَّفَرُّقِ بِالْأَبْدَانِ بِأَنْ قال الْأَبُ اشْهَدُوا أَنِّي اشْتَرَيْتُ هذا الدِّينَارَ من ابْنِي الصَّغِيرِ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ ثُمَّ قام قبل أَنْ يَزِنَ الْعَشَرَةَ فَهُوَ بَاطِلٌ كَذَا رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ لِأَنَّ الْأَبَ هو الْعَاقِدُ فَلَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ التَّفَرُّقِ بِالْأَبْدَانِ فَيُعْتَبَرُ الْمَجْلِسُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
ثُمَّ بَيْعُ الْجِنْسِ بِالْجِنْسِ وَبِخِلَافِ الْجِنْسِ كَالذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ سَوَاءٌ لَا يَخْتَلِفَانِ في حُكْمِ الْقَبْضِ لِأَنَّ كُلَّ ذلك صَرْفٌ فَيُشْتَرَطُ فيه التَّقَابُضُ وَإِنَّمَا يَخْتَلِفَانِ في جوز (((جواز))) التَّفَاضُلِ وَعَدَمِهِ فَلَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ وَيَجُوزُ عِنْدَ الِاخْتِلَافِ وَلَكِنْ يَجِبُ التَّقَابُضُ اتَّحَدَ الْجِنْسُ أو اخْتَلَفَ لِمَا ذَكَرْنَا من الدَّلَائِلِ
وَلَوْ تَصَارَفَا ذَهَبًا بِذَهَبٍ أو فِضَّةً بِفِضَّةٍ مِثْلًا بِمِثْلٍ وَتَقَابَضَا وَتَفَرَّقَا ثُمَّ زَادَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ شيئا أو حَطَّ عنه شيئا وَقَبِلَ الْآخَرُ فَسَدَ الْبَيْعُ
عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ الزيادة وَالْحَطُّ بَاطِلَانِ وَالْعَقْدُ الْأَوَّلُ صَحِيحٌ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ الزِّيَادَةُ بَاطِلَةٌ وَالْحَطُّ جَائِزٌ بِمَنْزِلَةِ الْهِبَةِ الْمُسْتَقْبَلَةِ وَاخْتِلَافُهُمْ في هذه الْمَسْأَلَةِ فَرْعُ اخْتِلَافِهِمْ في أَصْلٍ ذَكَرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ وهو أَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ الْمُتَأَخِّرَ عن الْعَقْدِ في الذِّكْرِ إذَا أُلْحِقَ بِهِ هل يَلْتَحِقُ بِهِ أَمْ لَا فَمِنْ أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ فيه أن يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ وَيُفْسِدُ الْعَقْدَ وَالزِّيَادَةُ وَالْحَطُّ يَلْتَحِقَانِ بِأَصْلِ الْعَقْدِ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا كَأَنَّ الْعَقْدَ وَرَدَ على الْمَزِيدِ عليه وَالزِّيَادَةِ جميعا فَيَتَحَقَّقُ التَّفَاضُلُ وَالْجِنْسُ مُتَّحِدٌ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا فَكَانَتْ الزِّيَادَةُ وَالْحَطُّ بِمَنْزِلَةِ شَرْطٍ فَاسِدٍ مُلْتَحِقٍ بِالْعَقْدِ فَيَتَأَخَّرُ عنه فَيَلْتَحِقُ بِهِ وَيُوجِبُ فَسَادَهُ وَمِنْ أَصْلِ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ الْمُتَأَخِّرَ عن الْعَقْدِ لَا يَلْتَحِقُ بِالْعَقْدِ فَطَرَدَ أبو يُوسُفَ هذا الْأَصْلَ وقال تَبْطُلُ الزِّيَادَةُ وَالْحَطُّ جميعا وَيَبْقَى الْبَيْعُ الْأَوَّلُ صَحِيحًا وَمُحَمَّدٌ فَرَّقَ بين الزِّيَادَةِ وَالْحَطِّ وقال الزِّيَادَةُ بَاطِلَةٌ وَالْحَطُّ جَائِزٌ
لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لو صَحَّتْ لَالْتَحَقَتْ بِأَصْلِ الْعَقْدِ فَيُوجِبُ فَسَادَهُ فَبَطَلَتْ الزِّيَادَةُ

وَلَيْسَ من شَرْطِ صِحَّةِ الْحَطِّ أَنْ يَلْتَحِقَ بِالْعَقْدِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو حَطَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ صَحَّ وَلَا يَلْتَحِقُ إذْ لو الْتَحَقَ لَكَانَ الْبَيْعُ وَاقِعًا بِلَا ثَمَنٍ فَيُجْعَلُ حَطًّا لِلْحَالِ بِمَنْزِلَةِ هِبَةٍ مُسْتَأْنَفَةٍ وَلَوْ تَبَايَعَا الْجِنْسَ بِخِلَافِ الْجِنْسِ بِأَنْ تصَارَفَا دِينَارًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ زَادَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ دِرْهَمًا وَقَبِلَ الْآخَرُ أو حَطَّ عنه دِرْهَمًا من الدِّينَارِ جَازَتْ الزِّيَادَةُ وَالْحَطُّ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْمَانِعَ من الْجَوَازِ وَالِالْتِحَاقِ تَحَقُّقُ الرِّبَا وَاخْتِلَافُ الْجِنْسِ يَمْنَعُ تَحَقُّقَ الرِّبَا إلَّا أَنَّ في الزِّيَادَةِ يُشْتَرَطُ قَبْضُهَا قبل الِافْتِرَاقِ حتى لو افْتَرَقَا قبل الْقَبْضِ بَطَلَ الْبَيْعُ في حِصَّةِ الزِّيَادَةِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَمَّا الْتَحَقَتْ بِأَصْلِ الْعَقْدِ صَارَ كَأَنَّ الْعَقْدَ وَرَدَ على الزِّيَادَةِ وَالْأَصْلِ جميعا إلَّا أَنَّهُ جَازَ التَّفَاضُلُ لِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ فإذا لم يَقْبِضْ الزِّيَادَةَ قبل الِافْتِرَاقِ بَطَلَ الْعَقْدُ بِقَدْرِهَا
وَأَمَّا الْحَطُّ فَجَائِزٌ سَوَاءٌ كان قبل التَّفَرُّقِ أو بَعْدَهُ لِأَنَّ الْحَطَّ وَإِنْ كان يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ فَيُؤَدِّي إلَى التَّفَاضُلِ لَكِنَّ التَّفَاضُلَ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ جَائِزٌ وَلَا زِيَادَةَ هَهُنَا حتى يُشْتَرَطَ قَبْضُهَا فَصَحَّ الْحَطُّ وَوَجَبَ عليه رَدُّ الْمَحْطُوطِ لِأَنَّ الْحَطَّ لَمَّا الْتَحَقَ بِأَصْلِ الْعَقْدِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَقْدَ لم يَقَعْ على قَدْرِ الْمَحْطُوطِ من الِابْتِدَاءِ فَيَجِبُ رَدُّهُ
وَلَوْ حَطَّ مُشْتَرِي الدِّينَارِ قِيرَاطًا منه فَبَائِعُ الدِّينَارِ يَكُونُ شَرِيكًا له في الدِّينَارِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ على ما سِوَى الْقِيرَاطِ وَلَوْ اشْتَرَى سَيْفًا مُحَلًّى بِفِضَّةٍ وَحِلْيَتُهُ خَمْسُونَ دِرْهَمًا بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَتَقَابَضَا ثُمَّ زَادَهُ دِينَارًا في الثَّمَنِ دَفَعَهُ إلَيْهِ قبل أَنْ يُفَارِقَهُ أو بَعْدَ ما فَارَقَهُ يَجُوزُ كَذَا رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ
وَتُصْرَفُ الزِّيَادَةُ إلَى النَّصْلِ وَالْجِفْنِ والحمائل (((والحمائل))) لِأَنَّهَا تَلْحَقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ فَصَارَ كَأَنَّ الْعَقْدَ وَرَدَ على الْأَصْلِ وَالزِّيَادَةِ جميعا وَلَوْ كان كَذَلِكَ لَكَانَ الْأَمْرُ على ما وَصَفْنَا كَذَا هذا بِخِلَافِ بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ فإنه يُقَسَّمُ على جَمِيعِ الثَّمَنِ لِمَا نَذْكُرُ في مَسَائِلِ الْمُرَابَحَةِ
وَسَوَاءٌ كان دَيْنًا بِدَيْنٍ وهو الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ أو عَيْنًا بِعَيْنٍ وهو التِّبْرُ وَالْمَصُوغُ أو دَيْنًا بِعَيْنٍ وهو الدرهم (((الدراهم))) وَالدَّنَانِيرُ بِالتِّبْرِ وَالْمَصُوغِ لِأَنَّ ما ذَكَرْنَا من الدَّلَائِلِ لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ بين الدَّيْنِ وَالْعَيْنِ

وَسَوَاءٌ كان مُفْرَدًا أو مَجْمُوعًا مع غَيْرِهِ كما إذَا بَاعَ ذَهَبًا وَثَوْبًا بِفِضَّةٍ مُفْرَدَةٍ لِأَنَّ الْفِضَّةَ تَنْقَسِمُ على الذَّهَبِ وَالثَّوْبِ فما قَابَلَ الذَّهَبَ يَكُونُ صَرْفًا فَيُشْتَرَطُ فِيهِمَا الْقَبْضُ وما يُقَابِلُ الثَّوْبَ يَكُونُ بَيْعًا مُطْلَقًا فَلَا يُشْتَرَطُ فيه الْقَبْضُ
وَكَذَا إذَا بَاعَ ذَهَبًا وَثَوْبًا بِذَهَبٍ وَالذَّهَبُ أَكْثَرُ حتى جَازَ الْبَيْعُ أَنَّهُ في حِصَّةِ الذَّهَبِ يَكُونُ صَرْفًا وفي حِصَّةِ الثَّوْبِ يَكُونُ بَيْعًا مُطْلَقًا
وَكَذَا إذَا بَاعَ سَيْفًا مُحَلًّى بِالْفِضَّةِ مُفْرَدَةً أو مِنْطَقَةً مُفَضَّضَةً أو لِجَامًا أو سَرْجًا أو سِكِّينًا مُفَضَّضَةً أو جَارِيَةً على عُنُقِهَا طَوْقُ فِضَّةٍ بِفِضَّةٍ مُفْرَدَةٍ وَالْفِضَّةُ الْمُفْرَدَةُ أَكْثَرُ حتى جَازَ الْبَيْعُ كان بِحِصَّةِ الْفِضَّةِ صَرْفًا وَيُرَاعَى فيه شَرَائِطُ الصَّرْفِ وَبِحِصَّةِ الزِّيَادَةِ التي هِيَ من خِلَافِ جِنْسِهَا بَيْعًا مُطْلَقًا فَلَا يُشْتَرَطُ له ما يُشْتَرَطُ لِلصَّرْفِ فَإِنْ وُجِدَ التَّقَابُضُ وهو الْقَبْضُ من الْجَانِبَيْنِ قبل التَّفَرُّقِ بِالْأَبْدَانِ تَمَّ الصَّرْفُ وَالْبَيْعُ جميعا وَإِنْ لم يُوجَدْ أو وُجِدَ الْقَبْضُ من أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ دُونَ الْآخَرِ بَطَلَ الصَّرْفُ لِوُجُودِ الِافْتِرَاقِ من غَيْرِ قَبْضٍ وَهَلْ يَبْطُلُ

الْبَيْعُ الْمُطْلَقُ يُنْظَرُ إنْ كانت الْفِضَّةُ الْمَجْمُوعَةُ مع غَيْرِهَا يُمْكِنُ فَصْلُهَا وَتَخْلِيصُهَا من غَيْرِ ضَرَرٍ كَالْجَارِيَةِ مع الطَّوْقِ وَغَيْرِ ذلك فَالْبَيْعُ جَائِزٌ وَفَسَادُ الصَّرْفِ لَا يَتَعَدَّى إلَى الْبَيْعِ لِأَنَّهُ إذَا أَمْكَنَ تَخْلِيصُهَا من غَيْرِ ضَرَرٍ جَازَ لِأَنَّهُمَا شيآن (((شيئان))) مُنْفَصِلَانِ وَلِهَذَا جَازَ بَيْعُ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ابْتِدَاءً فَلَأَنْ يَبْقَى جائز (((جائزا))) انْتِهَاءً أَوْلَى
لِأَنَّ الْبَقَاءَ أَسْهَلُ من الِابْتِدَاءِ
وَإِنْ كان لَا يُمْكِنُ فَصْلُهَا وَتَخْلِيصُهَا إلَّا بِضَرَرٍ بَطَلَ الْبَيْعُ أَيْضًا
لِأَنَّهُ بَيْعُ ما لَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ إلَّا بِضَرَرٍ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ ابْتِدَاءً كَبَيْعِ الْجِذْعِ في السَّقْفِ وَنَحْوِ ذلك فَكَذَا في حَالَةِ الْبَقَاءِ
فإذا بَطَلَ الْعَقْدُ في قَدْرِ الصَّرْفِ يَبْطُلُ في الْبَيْعِ أَيْضًا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
هذا إذَا انْعَقَدَ الْعَقْدُ على الصِّحَّةِ ثُمَّ فَسَدَ في قَدْرِ الصَّرْفِ بِطَرَيَانِ الْمُفْسِدِ عليه وهو الِافْتِرَاقُ من غَيْرِ تَقَابُضٍ
فَأَمَّا إذَا انْعَقَدَ على الْفَسَادِ من الِابْتِدَاءِ بِأَنْ شَرَطَا الْخِيَارَ أو أَدْخَلَا الْأَجَلَ فيه لم يَصِحَّ الصَّرْفُ بِالْإِجْمَاعِ
وَهَلْ يَصِحُّ الْبَيْعُ الْمُطْلَقُ اُخْتُلِفَ فيه قال أبو حَنِيفَةَ لَا يَصِحُّ سَوَاءٌ كان يَتَخَلَّصُ من غَيْرِ ضَرَرٍ أو لَا يَتَخَلَّصُ إلَّا بِضَرَرٍ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ هذا الأول (((والأول))) سَوَاءٌ إنْ كان يَتَخَلَّصُ من غَيْرِ ضَرَرٍ يَصِحُّ وَإِنْ كان لَا يَتَخَلَّصُ إلَّا بِضَرَرٍ لَا يَصِحُّ
وَكَذَا إذَا اشْتَرَى دِينَارًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ نَسِيئَةً ثُمَّ نَقَدَ بَعْضَ الْعَشَرَةِ دُونَ الْبَعْضِ في الْمَجْلِسِ فَسَدَ الصَّرْفُ في الْكُلِّ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَصِحُّ بِقَدْرِ ما قَبَضَ وَهَذَا بِنَاءً على أَصْلٍ مُخْتَلَفٍ بَيْنَهُمْ وهو أَنَّ الصَّفْقَةَ إذَا اشْتَمَلَتْ على الصَّحِيحِ وَالْفَاسِدِ يَتَعَدَّى الْفَسَادُ إلَى الْكُلِّ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا لَا يَتَعَدَّى فَهُمَا سَوِيًّا بين الْفَسَادِ الطارىء وَالْمُقَارِنِ وأبو حَنِيفَةَ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا
وَوَجْهُ الْفَرْقِ ما ذَكَرْنَا من قَبْلُ أَنَّ الْفَسَادَ إذَا كان مُقَارِنًا يَصِيرُ قَبُولُ الْعَقْدِ في الْفَاسِدِ شَرْطَ قَبُولِ الْعَقْدِ في الْآخَرِ وَهَذَا شَرْطٌ فَاسِدٌ فَيُؤَثِّرُ في الْكُلِّ ولم يُوجَدْ هذا الْمَعْنَى في الطارىء فَاقْتَصَرَ الْفَسَادُ فيه على قَدْرِ الْمُفْسِدِ ثُمَّ إذَا كانت الْفِضَّةُ الْمُفْرَدَةُ فيه أَكْثَرَ ولم يُوجَدْ فيه شَرْطُ الْخِيَارِ وَلَا الْأَجَلِ حتى جَازَ الْعَقْدُ ثُمَّ نَقَدَ قَدْرَ الْفِضَّةِ الْمَجْمُوعَةِ من الْمُفْرَدَةِ دُونَ غَيْرِهَا وَتَفَرَّقَا عن قَبْضٍ من الْجَانِبَيْنِ بِأَنْ بَاعَ سَيْفًا محلا (((محلى))) بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَحِلْيَتُهُ خَمْسُونَ فَنَقَدَهُ الْمُشْتَرِي خَمْسِينَ فَالْقَدْرُ الْمَنْقُودُ من الْفِضَّةِ الْمُفْرَدَةِ يَقَعُ عن الصَّرْفِ حتى لَا يَبْطُلَ بِالِافْتِرَاقِ أو عن الْبَيْعِ حتى يَبْطُلَ الصَّرْفُ بِالِافْتِرَاقِ من غَيْرِ قَبْضٍ فَهَذَا لَا يَخْلُو من خَمْسَةِ أَوْجُهٍ أما إنْ ذَكَرَ أَنَّ الْمَنْقُودَ من ثَمَنِ الْحِلْيَةِ وَإِمَّا إنْ ذَكَرَ أَنَّهُ من ثَمَنِ الْجِفْنِ وَالنَّصْلِ وَإِمَّا إنْ ذَكَرَ أَنَّهُ من ثَمَنِهِمَا جميعا وَإِمَّا إنْ ذَكَرَ أَنَّهُ من ثَمَنِ السَّيْفِ وَإِمَّا إنْ سَكَتَ ولم يذكر شيئا فَإِنْ ذَكَرَ أَنَّهُ من ثَمَنِ الْحِلْيَةِ يَقَعُ عنها وَيَجُوزُ الصَّرْفُ وَالْبَيْعُ جميعا
وَهَذَا ظَاهِرٌ
وَكَذَا إذَا ذَكَرَ أَنَّهُ من ثَمَنِهِمَا فإنه يَقَعُ عن الْحِلْيَةِ أَيْضًا وَجَازَ الْبَيْعُ وَالصَّرْفُ لِأَنَّ قَبْضَ التَّصَرُّفِ مُسْتَحَقٌّ حَقًّا لِلشَّرْعِ
وَقَبْضَ الْبَيْعِ ليس بِمُسْتَحَقٍّ فَيُصْرَفُ إلَى جِهَةِ الِاسْتِحْقَاقِ وَيُمْكِنُ إيقَاعُ الْمَنْقُودِ كُلِّهِ عن هذه الْجِهَةِ
وَإِنْ أَضَافَهُ إلَيْهِمَا لِأَنَّ ذِكْرَ شَيْئَيْنِ على إرَادَةِ أَحَدِهِمَا جَائِزٌ في اللُّغَةِ
قال اللَّهُ تَعَالَى { يَخْرُجُ مِنْهُمَا اللُّؤْلُؤُ وَالْمَرْجَانُ } وَإِنَّمَا يَخْرُجُ من أَحَدِهِمَا وهو الْمَالِحُ
وَكَذَا إذَا لم يذكر شيئا يَقَعُ عن الصَّرْفِ

لِأَنَّ أُمُورَ الْمُسْلِمِينَ مَحْمُولَةٌ على الصِّحَّةِ وَالسَّدَادِ ما أَمْكَنَ
وَذَلِكَ فِيمَا قُلْنَا
لِأَنَّ قَبْضَ حِصَّةِ الْحِلْيَةِ مُسْتَحَقٌّ فَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ يُصْرَفُ إلَى جِهَةِ الِاسْتِحْقَاقِ
وَكَذَا إذَا ذَكَرَ أَنَّهُ من ثَمَنِ السَّيْفِ يَقَعُ عن الْحِلْيَةِ
لِأَنَّ الْحِلْيَةَ تَدْخُلُ في اسْمِ السَّيْفِ
وَإِنْ ذَكَرَ أَنَّهُ من ثَمَنِ الْجِفْنِ وَالنَّصْلِ يُنْظَرُ إنْ أَمْكَنَ تَخْلِيصُ الْفِضَّةِ من غَيْرِهَا من غَيْرِ ضَرَرٍ يَقَعُ عن ثَمَنِ الْمَذْكُورِ وَيَبْطُلُ الصَّرْفُ بِالِافْتِرَاقِ قبل الْقَبْضِ لِأَنَّهُ قَصَدَ جَوَازَ الْبَيْعِ وَصُرِفَ بِفَسَادِ الصَّرْفِ
وإذا أَمْكَنَ

(5/217)

تَخْلِيصُهَا من غَيْرِ ضَرَرٍ أَمْكَنَ الْقَوْلُ بِجَوَازِ الْبَيْعِ مع فَسَادِ الصَّرْفِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ السَّيْفِ بِانْفِرَادِهِ فَيَجُوزُ الْبَيْعُ وَيَبْطُلُ الصَّرْفُ
وَإِنْ لم يَكُنْ تَخْلِيصُهَا إلَّا بِضَرَرٍ فَالْمَنْقُودُ يَقَعُ عن ثَمَنِ الصَّرْفِ
وَيَجُوزُ الْبَيْعُ وَالصَّرْفُ جميعا لِأَنَّهُ قَصَدَ جَوَازَ الْبَيْعِ
وَلَا يَجُوزُ إلَّا بِجَوَازِ الصَّرْفِ لِأَنَّ بَيْعَ السَّيْفِ بِدُونِ الْحِلْيَةِ لَا يَجُوزُ إذَا لم يُمْكِنْ تَخْلِيصُهَا من غَيْرِ ضَرَرٍ
فَإِنْ أَمْكَنَ تَخْلِيصُهَا من غَيْرِ ضَرَرٍ فَيَجُوزَانِ جميعا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَكَذَلِكَ في السَّيْفِ الْمُحَلَّى إذَا لم يَكُنْ من جِنْسِ الْحِلْيَةِ فَإِنْ كانت حِلْيَةُ السَّيْفِ ذَهَبًا اشْتَرَاهُ مع حِلْيَتِهِ بِفِضَّةٍ مُفْرَدَةٍ فَحُكْمُهُ وَحُكْمُ الْجِنْسِ سَوَاءٌ في جَمِيعِ ما وَصَفْنَا لِأَنَّهُمَا في حُكْمِ الْقَبْضِ وما يَتَعَلَّقُ بِهِ لَا يَخْتَلِفَانِ
وقد ذَكَرْنَا جُمْلَةَ ذلك وَتَفْصِيلَهُ على الِاتِّفَاقِ وَالِاخْتِلَافِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ الْإِبْرَاءُ عن بَدَلِ الصَّرْفِ وَهِبَتِهِ مِمَّنْ عليه وَالتَّصَدُّقُ بِهِ عليه أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بِدُونِ قَبُولِهِ
وَإِنْ قَبِلَ انْتَقَضَ الصَّرْفُ وَإِنْ لم يَقْبَلْ لم يَصِحَّ وَيَبْقَى الصَّرْفُ على حَالِهِ
لِأَنَّ قَبْضَ الْبَدَلِ مُسْتَحَقٌّ وَالْإِبْرَاءُ عن الدَّيْنِ إسْقَاطُهُ وَالدَّيْنُ بَعْدَمَا سَقَطَ لَا يُتَصَوَّرُ قَبْضُهُ فَكَانَ الْإِبْرَاءُ عن الْبَدَلِ جَعْلُ الْبَدَلِ بِحَالٍ لَا يُتَصَوَّرُ قَبْضُهُ فَكَانَ في مَعْنَى الْفَسْخِ فَلَا يَصِحُّ إلَّا بِتَرَاضِيهِمَا كَصَرِيحِ الْفَسْخِ وإذا لم يَصِحَّ بَقِيَ عَقْدُ الصَّرْفِ على حَالِهِ فَيَتِمُّ بِالتَّقَابُضِ قبل الِافْتِرَاقِ بِأَبْدَانِهِمَا
وَلَوْ أَبَى المبرىء (((المبرئ))) أو الْوَاهِبُ أو الْمُتَصَدِّقُ أَنْ يَأْخُذَ ما أَبْرَأَ أو وَهَبَهُ أو تَصَدَّقَ يُجْبَرُ على الْقَبْضِ لِأَنَّهُ بِالِامْتِنَاعِ عن الْقَبْضِ يُرِيدُ فَسْخَ الْعَقْدِ وَأَحَدُ الْعَاقِدَيْنِ لَا يَنْفَرِدُ بِالْفَسْخِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ الِاسْتِبْدَالُ بِبَدَلِ الصَّرْفِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَالصَّرْفُ على حَالِهِ يُقْبَضُ الْبَدَلُ قبل الِافْتِرَاقِ وَيَتِمُّ الْعَقْدُ لِأَنَّ قَبْضَ الْبَدَلِ شَرْطُ بَقَاءِ الْعَقْدِ على الصِّحَّةِ وَبِالِاسْتِبْدَالِ يَفُوتُ قَبْضُهُ حَقِيقَةً لِأَنَّهُ يُقْبَضُ بَدَلُهُ وَبَدَلُهُ غَيْرُهُ
وقال زُفَرُ إنَّ الِاسْتِبْدَالَ جَائِزٌ لِأَنَّ الشِّرَاءَ لَا يَقَعُ بِعَيْنِ ما في الذِّمَّةِ لِأَنَّ ما في الذِّمَّةِ من الدَّرَاهِمِ لَا يَحْتَمِلُ التَّعْيِينَ بِلَا خِلَافٍ فَكَانَ مُشْتَرِيًا بِمِثْلِ ما في الذِّمَّةِ فَيَجِبُ لِمَنْ عليه الدَّيْنُ في ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي دَرَاهِمُ مِثْلُ ما في ذِمَّتِهِ في النَّوْعِ وَالصِّفَةِ فَلَا يَفُوتُ قَبْضُ الْبَدَلِ بِالِاسْتِبْدَالِ بَلْ يَصِيرُ قَابِضًا بِطَرِيقِ الْمُعَاوَضَةِ فَيَصِحُّ الِاسْتِبْدَالُ

وَالْجَوَابُ عنه أَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ وَإِنْ كانت لَا تَتَعَيَّنُ بِالْعَقْدِ وَلَكِنَّهَا تَتَعَيَّنُ بِالْقَبْضِ وَقَبْضُهَا وَاجِبٌ وَبِالْمُقَاصَّةِ يَفُوتُ الْقَبْضُ حَقِيقَةً فلم تَصِحَّ الْمُقَاصَّةُ فَبَقِيَ الشِّرَاءُ بها إسْقَاطًا لِلْقَبْضِ الْمُسْتَحَقِّ حَقًّا لِلشَّرْعِ فَلَا يَصِحُّ الشِّرَاءُ وَبَقِيَ الصَّرْفُ صَحِيحًا مَوْقُوفًا بَقَاؤُهُ على الصِّحَّةِ على الْقَبْضِ قبل الِافْتِرَاقِ
وَإِنْ أَعْطَاهُ صَاحِبُهُ دَرَاهِمَ أَجْوَدَ أو أَرْدَأَ من حَقِّهِ فَرَضِيَ بِهِ وَالْمَقْبُوضُ مِمَّا يَجْرِي مَجْرَى الدَّرَاهِمِ الْوَاجِبَةِ بِالْعَقْدِ في الْمُعَاوَضَاتِ بين الناس جَازَ لِأَنَّ الْمَقْبُوضَ من جِنْسِهِ أَصْلًا وَإِنَّمَا يُخَالِفُهُ في الْوَصْفِ فإذا رضي بِهِ فَقَدْ أَسْقَطَ حَقَّهُ فَكَانَ اسْتِيفَاءً لَا اسْتِبْدَالًا وَتَجُوزُ الْحَوَالَةُ بِبَدَلِ الصَّرْفِ إذَا كان الْمُحْتَالُ عليه حَاضِرًا
وَكَذَلِكَ الْكَفَالَةُ وَكَذَلِكَ الرَّهْنُ بِهِ وَالصَّرْفُ على حَالِهِ فَإِنْ قَبَضَ من الْمُحْتَالِ عليه أو من الْكَفِيلِ أو هَلَكَ الرَّهْنُ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ في الْمَجْلِسِ فَالصَّرْفُ مَاضٍ على الصِّحَّةِ وَإِنْ افْتَرَقَ الْمُتَصَارِفَانِ قبل الْقَبْضِ وَهَلَكَ الرَّهْنُ بَطَلَ الصَّرْفُ وَعِنْدَ زُفَرَ لَا تَجُوزُ الْحَوَالَةُ وَالْكَفَالَةُ بِبَدَلِ الصَّرْفِ وقد مَرَّتْ الْمَسْأَلَةُ في السَّلَمِ وَالْعِبْرَةُ لِبَقَاءِ الْعَاقِدَيْنِ في الْمَجْلِسِ وَافْتِرَاقِهِمَا عنه لَا لِبَقَاءِ الْمُحَالِ عليه وَالْكَفِيلِ وَافْتِرَاقِهِمَا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْقَبْضَ من حُقُوقِ الْعَقْدِ فَيَتَعَلَّقُ بِالْعَاقِدَيْنِ فَيُعْتَبَرُ مَجْلِسُهُمَا وَكَذَلِكَ لو وَكَّلَ كُلُّ وَاحِدٍ من الْعَاقِدَيْنِ رَجُلًا أَنْ يَنْقُدَ عنه يُعْتَبَرُ مَجْلِسُ الْمُوَكِّلَيْنِ بَقَاءً وَافْتِرَاقًا لَا مَجْلِسُ الْوَكِيلِ لِمَا قُلْنَا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا تَخْرُجُ الْمُقَاصَّةُ في ثَمَنِ الصَّرْفِ إذَا وَجَبَ الدَّيْنُ بِعَقْدٍ مُتَأَخِّرٍ عن عَقْدِ الصَّرْفِ أَنَّهُ لَا يَصِيرُ قِصَاصًا بِبَدَلِ الصَّرْفِ وَإِنْ تَرَاضَيَا بِذَلِكَ وقد ذَكَرْنَا جُمْلَةَ الْكَلَامِ في ذلك وَتَفْصِيلَهُ في السَّلَمِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا قَبَضَ بَدَلَ الصَّرْفِ ثُمَّ انْتَقَضَ بَدَلَ الصَّرْفِ ثُمَّ انْتَقَضَ الْقَبْضَ فيه بِمَعْنًى أَوْجَبَ انْتِقَاضَهُ أَنَّهُ يَبْطُلُ الصَّرْفُ وقد مَرَّ الْكَلَامُ فيه جُمْلَةً وَتَفْصِيلًا في السَّلَمِ ثُمَّ قَبْضُ الصَّرْفِ في الْمَجْلِسِ كما هو شَرْطُ بَقَاءِ الْعَقْدِ على الصِّحَّةِ فَقَبْضُهُمَا في مَجْلِسِ الْإِقَالَةِ شَرْطُ بَقَاءِ الْإِقَالَةِ على الصِّحَّةِ أَيْضًا حتى لو تَقَايَلَا الصَّرْفَ وتقابض (((وتقابضا))) قبل الِافْتِرَاقِ مَضَتْ الْإِقَالَةُ على الصِّحَّةِ وَإِنْ افْتَرَقَا قبل التَّقَابُضِ بَطَلَتْ الْإِقَالَةُ
أَمَّا على أَصْلِ أبي يُوسُفَ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ الْإِقَالَةَ على أَصْلِهِ بَيْعٌ جَدِيدٌ فَكَانَتْ مُصَارَفَةً مُبْتَدَأَةً فَلَا بُدَّ من التَّقَابُضِ
وَعَلَى أَصْلِهِمَا إنْ كانت فَسْخًا في حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَهِيَ بَيْعٌ جَدِيدٌ في حَقِّ ثَالِثٍ وَاسْتِحْقَاقُ الْقَبْضِ حَقٌّ لِلشَّرْعِ هَهُنَا ثَالِثٌ فَيُعْتَبَرُ بَيْعًا جَدِيدًا في حَقِّ هذا الْحُكْمِ فَيُشْتَرَطُ فيه التَّقَابُضُ بِخِلَافِ السَّلَمِ

فإن قَبْضَ رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ في مَجْلِسِ الْإِقَالَةِ ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْإِقَالَةِ وقد ذَكَرْنَا وَجْهَ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا فِيمَا تَقَدَّمَ
وَلَوْ وَجَدَ بِبَدَلِ الصَّرْفِ عَيْبًا وهو عَيْنٌ كما إذَا اشْتَرَى قُلْبَ فِضَّةٍ بِذَهَبٍ فَرَدَّهُ ثُمَّ افْتَرَقَا قبل قَبْضِ الثَّمَنِ إنْ رَدَّهُ عليه بِقَضَاءِ الْقَاضِي فَالرَّدُّ صَحِيحٌ على حَالِهِ وَإِنْ كان بِغَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُفَارِقَهُ حتى يَقْبِضَ الثَّمَنَ لِأَنَّ الْقَبْضَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ يَكُونُ فَسْخًا في حَقِّ الْكُلِّ وَرَفْعًا لِلْعَقْدِ عن الْأَصْلِ كَأَنَّهُ لم

يَكُنْ وَإِعَادَةُ الْمَالِكِ إلَى قَدِيمِ مِلْكِهِ كَأَنَّهُ لم يَزُلْ عن مِلْكِهِ فَلَا حَاجَةَ إلَى الْقَبْضِ وَالرَّدُّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ يَكُونُ فَسْخًا في حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بَيْعًا جَدِيدًا في حَقِّ ثَالِثٍ وَحَقُّ الشَّرْعِ وهو الْقَبْضُ يُعْتَبَرُ ثَالِثًا فَيُجْعَلُ بَيْعًا جَدِيدًا في حَقِّ هذا الْحُكْمِ وَأَمَّا التَّقَابُضُ في بَيْعِ الْمَطعُوم بِالْمَطْعُومِ بِجِنْسِهِ أو بِغَيْرِ جِنْسِهِ بِأَنْ بَاعَ قَفِيزَ حِنْطَةٍ بِقَفِيزِ حِنْطَةٍ أو بقفيز (((بقفيزي))) شَعِيرٍ وَعَيَّنَا الْبَدَلَيْنِ بِالْإِشَارَةِ إلَيْهِمَا فَهَلْ هو شَرْطٌ اُخْتُلِفَ فيه قال أَصْحَابُنَا ليس بِشَرْطٍ

قال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ شَرْطٌ حتى لو افْتَرَقَا من غَيْرِ قَبْضٍ عِنْدَنَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ وَعِنْدَهُ لَا يَثْبُتُ ما لم يَتَقَابَضَا في الْمَجْلِسِ

احْتَجَّ بِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في الحديث الْمَشْهُورِ الْحِنْطَةُ بِالْحِنْطَةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ

وَبِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا تَبِيعُوا الطَّعَامَ بِالطَّعَامِ إلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ يَدًا بِيَدٍ وَلِأَنَّ الِافْتِرَاقَ من غَيْرِ تَقَابُضٍ في بَيْعِ المطعو (((المطعوم))) بِجِنْسِهِ لَا يَخْلُو عن الرِّبَا لِجَوَازِ أَنْ يَقْبِضَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ دُونَ الْآخَرِ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا لِأَنَّ لِلْمَقْبُوضِ فَضْلًا على غَيْرِ الْمَقْبُوضِ فَأَشْبَهَ فَضْلَ الْحُلُولِ على الْأَجَلِ وَإِنَّمَا يَقَعُ التَّحَرُّزُ عنه بِوُجُوبِ التَّقَابُضِ وَلِهَذَا صَارَ شَرْطًا في الصَّرْفِ كَذَا هذا

وَلَنَا عُمُومَاتُ الْبَيْعِ من نَحْوِ قَوْلِهِ عز وجل { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عن تَرَاضٍ مِنْكُمْ } وَقَوْلِهِ عز وجل (((شأنه))) { وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا } وَغَيْرِ ذلك نهى عن الْأَكْلِ بِدُونِ التِّجَارَةِ عن تَرَاضٍ وَاسْتَثْنَى التِّجَارَةَ عن تَرَاضٍ فَيَدُلُّ على إبَاحَةِ الْأَكْلِ في التِّجَارَةِ عن تَرَاضٍ من غَيْرِ شَرْطِ الْقَبْضِ وَذَلِكَ دَلِيلُ ثُبُوتِ الْمِلْكِ بِدُونِ التَّقَابُضِ لِأَنَّ أَكْلَ مَالِ الْغَيْرِ ليس بِمُبَاحٍ

وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَظَاهِرُ قَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ يَدًا بِيَدٍ غَيْرُ مَعْمُولٍ بِهِ لِأَنَّ الْيَدَ بِمَعْنَى الْجَارِحَةِ ليس بِمُرَادٍ بِالْإِجْمَاعِ فلأن حَمْلَهَا على الْقَبْضِ لِأَنَّهَا آلَةُ الْقَبْضِ فَنَحْنُ نَحْمِلُهَا على التَّعْيِينِ لِأَنَّهَا آلَةُ التَّعْيِينِ لِأَنَّ الْإِشَارَةَ بِالْيَدِ سَبَبُ التَّعْيِينِ وَعِنْدَنَا التَّعْيِينُ شَرْطٌ فَسَقَطَ احْتِجَاجُهُ بِالْحَدِيثِ بِحَمْدِ اللَّهِ تَعَالَى على أَنَّ الْحَمْلَ على ما قُلْنَا أَوْلَى لِأَنَّ فيه تَوْفِيقًا بين الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ

وَهَكَذَا نَقُولُ في الصَّرْفِ أن الشَّرْطَ هُنَاكَ هو التَّعْيِينُ لَا نَفْسُ الْقَبْضِ إلَّا أَنَّهُ قام الدَّلِيلُ عِنْدَنَا أَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وَإِنَّمَا تَتَعَيَّنُ بِالْقَبْضِ فَشَرَطْنَا التَّقَابُضَ لِلتَّعْيِينِ لَا لِلْقَبْضِ وَهَهُنَا التَّعْيِينُ حَاصِلٌ من غَيْرِ تَقَابُضٍ فَلَا يُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَقَوْلُهُ الْمَقْبُوضُ خَيْرٌ من غَيْرِ الْمَقْبُوضِ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا قُلْنَا هذا إنَّمَا يَسْتَقِيمُ أَنْ لو قُلْنَا بِوُجُوبِ تَسْلِيمِ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ خَالِيًا عن شَرْطِ الْخِيَارِ فَإِنْ شُرِطَ الْخِيَارُ فيه لَهُمَا أو لِأَحَدِهِمَا فَسَدَ الصَّرْفُ لِأَنَّ الْقَبْضَ في هذا الْعَقْدِ شَرْطُ بَقَائِهِ على الصِّحَّةِ وَخِيَارُ الْعَقْدِ يَمْنَعُ انْعِقَادَ الْعَقْدِ في حَقِّ الْحُكْمِ فَيَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ وَلَوْ أَبْطَلَ صَاحِبُ الْخِيَارِ خِيَارَهُ قبل الِافْتِرَاقِ ثُمَّ افْتَرَقَا عن تَقَابُضٍ يَنْقَلِبُ إلَى الْجَوَازِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ وَلَوْ لم يَبْطُلْ حتى افْتَرَقَا تَقَدَّرَ الْفَسَادُ وقد ذَكَرْنَا جِنْسَ هذه الْمَسَائِلِ بِدَلَائِلِهَا فِيمَا تَقَدَّمَ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ خَالِيًا عن الْأَجَلِ لَهُمَا أو لِأَحَدِهِمَا فَإِنْ شراطاه (((شرطاه))) لَهُمَا أو لِأَحَدِهِمَا فَسَدَ الصَّرْفُ لِأَنَّ قَبْضَ الْبَدَلَيْنِ مُسْتَحَقٌّ قبل الِافْتِرَاقِ وَالْأَجَلُ يُعْدِمُ الْقَبْضَ فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ فَإِنْ أَبْطَلَ صَاحِبُ الْأَجَلِ أَجَلَهُ قبل الِافْتِرَاقِ فَنَقَدَ ما عليه ثُمَّ افْتَرَقَا عن تَقَابُضٍ يَنْقَلِبُ جَائِزًا عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ

وَهَاتَانِ الشَّرِيطَتَانِ على الحيقيقة (((الحقيقة))) فريعتان (((فرعيتان))) لِشَرِيطَةِ الْقَبْضِ إلَّا أَنَّ إحْدَاهُمَا تُؤَثِّرُ في نَفْسِ الْقَبْضِ وَالْأُخْرَى في صِحَّتِهِ

على ما بَيَّنَّا
وَأَمَّا خِيَارُ الْعَيْبِ وَخِيَارُ الرُّؤْيَةِ فَيَثْبُتَانِ في هذا الْعَقْدِ لِأَنَّهُمَا لَا يَمْنَعَانِ حُكْمَ الْعَقْدِ فَلَا يَمْنَعَانِ صِحَّةَ الْقَبْضِ لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ يَثْبُتُ في الْعَيْنِ وهو التِّبْرُ وَالنُّقْرَةُ وَالْمَصُوغُ وَلَا يَثْبُتُ في الدَّيْنِ وهو الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ الْمَضْرُوبَةُ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ في الرَّدِّ إذْ الْعَقْدُ لَا يَنْفَسِخُ بِالرَّدِّ لِأَنَّهُ ما وَرَدَ على عَيْنِ الْمَرْدُودِ وَقِيَامُ الْعَقْدِ يَقْتَضِي وِلَايَةَ الْمُطَالَبَةِ بمثله فإذا قَبَضَ يَرُدُّهُ فَيُطَالِبُهُ بِآخَرَ هَكَذَا إلَى ما لَا يَتَنَاهَى
وَكَذَا خِيَارُ الرُّؤْيَةِ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ في سَائِرِ الْعُقُودِ لِمَا قُلْنَا بِخِلَافِ ما إذَا كان ثَمَنُ الصَّرْفِ عَيْنًا لِأَنَّ هُنَاكَ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بِالرَّدِّ فَلَا يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ بِعَيْنٍ أُخْرَى فَكَانَ الرَّدُّ مُفِيدًا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا خِيَارُ الْعَيْبِ فَيَثْبُتُ في الْوَجْهَيْنِ جميعا

لِأَنَّ السَّلَامَةَ عن الْعَيْبِ مَطْلُوبَةٌ عَادَةً فَفَوَاتُهَا يُوجِبُ الْخِيَارَ كما في سَائِرِ الْبِيَاعَاتِ إلَّا أَنَّ بَدَلَ الصَّرْفِ إذَا كان عَيْنًا فَرَدُّهُ بِالْعَيْبِ يَفْسَخُ الْعَقْدَ سَوَاءٌ رَدَّهُ في الْمَجْلِسِ أو بَعْدَ الِافْتِرَاقِ وَيَرْجِعُ على الْبَائِعِ بِمَا نَقَدَ وَإِنْ كان دَيْنًا بِأَنْ وَجَدَ الدَّرَاهِمَ الْمَقْبُوضَةَ زُيُوفًا أو كَاسِدَةً أو وَجَدَهَا رَائِجَةً في بَعْضِ التِّجَارَاتِ دُونَ الْبَعْضِ وَذَلِكَ عَيْبٌ عِنْدَ التُّجَّارِ فَرَدُّهَا في الْمَجْلِسِ يَنْفَسِخُ بعقد (((العقد))) بِالرَّدِّ حتى لو اسْتَبْدَلَ مَكَانَهُ مَضَى الصَّرْفُ وأن رَدَّهَا بَعْدَ الِافْتِرَاقِ بَطَلَ الصَّرْفُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ لِحُصُولِ الِافْتِرَاقِ لَا عن قَبْضٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لَا يَبْطُلُ إذَا استدل (((استبدل))) في مَجْلِسِ الرَّدِّ على ما ذَكَرْنَا في السَّلَمِ وَخِيَارُ الْمُسْتَحِقِّ لَا يُبْطِلُ الصَّرْفَ أَيْضًا وَلِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ على تَقْدِيرِ الْإِجَازَةِ وَاحْتِمَالُ الْإِجَازَةِ قَائِمٌ فَلَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ الْمُنْعَقِدُ ظَاهِرًا بِالشَّكِّ
ثُمَّ إذَا اسْتَحَقَّ أَحَدَ بَدَلَيْ الصَّرْفِ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ فَإِنْ كان أَجَازَ الْمُسْتَحِقُّ وَالْبَدَلُ قَائِمٌ أو ضَمِنَ النَّاقِدُ وهو هَالِكٌ جَازَ الصَّرْفُ لِأَنَّهُ إذَا كان قَائِمًا كان بِمَحَلِّ الْإِجَازَةِ وَالْإِجَازَةُ اللَّاحِقَةُ بِمَنْزِلَةِ الْوَكَالَةِ السَّابِقَةِ وإذا كان هَالِكًا ضَمِنَ النَّاقِدُ الْمَضْمُونَ بِالضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ سَلَّمَ مِلْكَ نَفْسِهِ وَإِنْ اسْتَرَدَّهُ وهو قَائِمٌ أو ضَمِنَ الْقَابِضُ قِيمَتَهُ وهو هَالِكٌ بَطَلَ الصَّرْفُ لِأَنَّهُ نَقَضَ قَبْضَهُ أو تَبَيَّنَ أَنَّهُ لم يَصِحَّ بِخِلَافِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ سَلَّمَ له الْقَبْضَ فَجَازَ الصَّرْفُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ مَعْلُومًا في بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ وَالْإِشْرَاكِ الوضيعة (((والوضيعة))) وَالْأَصْلُ في هذه الْعُقُودِ عُمُومَاتُ الْبَيْعِ من غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ بَيْعٍ وَبَيْعٍ وقال اللَّهُ عز شَأْنُهُ { وَابْتَغُوا من فَضْلِ اللَّهِ } وقال عز وجل { لَيسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا من رَبِّكُمْ } وَالْمُرَابَحَةُ ابْتِغَاءٌ لِلْفَضْلِ من الْبَيْعِ نَصًّا
وَرُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ لَمَّا أَرَادَ الْهِجْرَةَ اشْتَرَى سَيِّدُنَا أبو بَكْرٍ رضي اللَّهُ عنه بَعِيرَيْنِ فقال له رسول اللَّهِ وَلِّنِي أَحَدَهُمَا
فقال سَيِّدُنَا أبو بَكْرٍ رضي اللَّهُ عنه هو لك بِغَيْرِ شَيْءٍ
فقال رسول اللَّهِ أَمَّا بِغَيْرِ ثَمَنٍ فَلَا فَدَلَّ طَلَبُ التَّوْلِيَةِ على جَوَازِهَا
وَرُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا أَبَا بَكْرٍ رضي اللَّهُ عنه اشْتَرَى بِلَالًا فَأَعْتَقَهُ

فقال له رسول اللَّهِ الشَّرِكَةُ يا أَبَا بَكْرٍ فقال يا رَسُولَ اللَّهِ قد أَعْتَقْتُهُ لو لم تَكُنْ الشَّرِكَةُ مَشْرُوعَةً لم يَكُنْ لِيَطْلُبَهَا رسول اللَّهِ
وَكَذَا الناس تَوَارَثُوا هذه الْبِيَاعَاتِ في سَائِرِ الإعصار من غَيْرِ نَكِيرٍ وَذَلِكَ إجْمَاعٌ على جَوَازِهَا
ثُمَّ الْكَلَامُ في الْمُرَابَحَةِ في مَوَاضِعَ في تَفْسِيرِ بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِهِ وفي بَيَانِ رَأْسِ الْمَالِ أَنَّهُ ما هو
وفي بَيَانِ ما يَلْحَقُ بِرَأْسِ الْمَالِ وما لَا يَلْحَقُ بِهِ وفي بَيَانِ ما يَجِبُ بَيَانُهُ عِنْدَ الْمُرَابَحَةِ مِمَّا تُرِكَ بَيَانُهُ يَكُونُ خِيَانَةً وما لَا يَجِبُ بَيَانُهُ وَتُرِكَ بَيَانُهُ لَا يَكُونُ خِيَانَةً
وفي بَيَانِ حُكْمِ الْخِيَانَةِ إذَا ظَهَرَتْ
أَمَّا تَفْسِيرُهُ فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ في أَوَّلِ الْكِتَابِ وهو أَنَّهُ بَيْعٌ بِمِثْلِ لثمن (((الثمن))) الْأَوَّلِ مع زِيَادَةِ رِبْحٍ
وَأَمَّا شَرَائِطُهُ فَمِنْهَا ما ذكرناه (((ذكرنا))) وهو أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ مَعْلُومًا لِلْمُشْتَرِي الثَّانِي لِأَنَّ الْمُرَابَحَةَ بَيْعٌ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ ومع (((مع))) زِيَادَةِ رِبْحٍ وَالْعِلْمُ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ شَرْطُ صِحَّةِ الْبِيَاعَاتِ كُلِّهَا لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ

فَإِنْ لم يَكُنْ مَعْلُومًا له فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ إلَى أَنْ يَعْلَمَ في الْمَجْلِسِ فَيَخْتَارَ إنْ شَاءَ فَيَجُوزَ أو يَتْرُكَ فَيَبْطُلَ
أَمَّا الْفَسَادُ لِلْحَالِ فَلِجَهَالَةِ الثَّمَنِ لِأَنَّ الثَّمَنَ لِلْحَالِ مَجْهُولٌ
وَأَمَّا الْخِيَارُ فَلِلْخَلَلِ في الرِّضَا لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قد يَرْضَى بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِثَمَنٍ يَسِيرٍ وَلَا يَرْضَى بِشِرَائِهِ بِثَمَنٍ كبير (((كثير))) فَلَا يَتَكَامَلُ الرِّضَا إلَّا بَعْدَ مَعْرِفَةِ مِقْدَارِ الثَّمَنِ
فإذا لم يُعْرَفْ اخْتَلَّ رِضَاهُ وَاخْتِلَالُ الرِّضَا يُوجِبُ الْخِيَارَ وَلَوْ لم يَعْلَمْ حتى افْتَرَقَا عن الْمَجْلِسِ بَطَلَ الْعَقْدُ لِتَقَرُّرِ الْفَسَادِ
وقد ذَكَرْنَا اخْتِلَافَ عِبَارَاتِ الرِّوَايَةِ عن أَصْحَابِنَا عن هذا الْبَيْعِ كَبَيْعِ الشَّيْءِ بِرَقْمِهِ وَنَحْوِ ذلك في بَعْضِهَا أَنَّهُ فَاسِدٌ وفي بَعْضِهَا أَنَّهُ مَوْقُوفٌ على الْإِجَازَةِ وَالِاخْتِيَارِ إذَا عُلِمَ
وَكَذَلِكَ التَّوْلِيَةُ وَالْإِشْرَاكُ والوضعية (((والوضيعة))) في اعْتِبَارِ هذا الشَّرْطِ وَالْمُرَابَحَةُ سَوَاءٌ لِأَنَّ التَّوْلِيَةَ بَيْعٌ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ مَعْلُومًا وَالْإِشْرَاكُ تَوْلِيَةٌ لَكِنَّهُ تَوْلِيَةُ بَعْضِ الْمَبِيعِ بِبَعْضِ الثَّمَنِ وَالْعِلْمُ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ شَرْطُ صِحَّةِ الْبَيْعِ وَالْوَضِيعَةُ بَيْعٌ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ مع نُقْصَانِ شَيْءٍ مَعْلُومٍ منه فَلَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ مَعْلُومًا لِيُعْلَمَ قَدْرُ النُّقْصَانِ منه
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا اشْتَرَى رَجُلَانِ جُمْلَةً مِمَّا له مِثْلٌ فَاقْتَسَمَاهَا ثُمَّ أَرَادَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَبِيعَ حِصَّتَهُ مُرَابَحَةً إنه يَجُوزُ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ وَإِنْ كانت لَا تَخْلُو عن مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ حَقِيقَةً لَكِنَّ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ في قِسْمَةِ الْمُتَمَاثِلَاتِ ساقذ (((ساقط))) شَرْعًا بَلْ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فيها تَمْيِيزًا لِلنَّصِيبِ وَإِفْرَازًا مَحْضًا وإذا كان كَذَلِكَ فما يَصِلُ إلَى كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَأَنَّهُ عَيْنُ ما كان له قبل الْقِسْمَةِ فَكَانَ يَجُوزُ له أَنْ يَبِيعَ له نَصِيبَهُ مُرَابَحَةً قبل الْقِسْمَةِ كَذَا بَعْدَهَا
وَإِنْ اشْتَرَيَا

جُمْلَةً مِمَّا لَا مِثْلَ له فَاقْتَسَمَاهُ لَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يبي (((يبيع))) حِصَّتَهُ ومرابحته (((مرابحة))) لِأَنَّ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ في قِسْمَةِ هذا النَّوْعِ مُعْتَبَرَةٌ إذْ الْأَصْلُ اعْتِبَارُ الْحَقِيقَةِ فَكَانَ ما يُصِيبُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْقِسْمَةِ نِصْفَهُ مِلْكُهُ وَنِصْفَهُ بَدَلُ مِلْكِهِ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِهِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مُرَابَحَةً كما إذَا اشْتَرَى عَرَضًا بِعَرَضٍ ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابَحَةً والله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَلَوْ أَسْلَمَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ في ثَوْبَيْنِ مُتَّفِقَيْنِ من جِنْسٍ وَاحِدٍ وَنَوْعٍ وَاحِدٍ وَصِفَةٍ وَاحِدَةٍ وَطُولٍ وَاحِدٍ حتى جَازَ السَّلَمُ بِالْإِجْمَاعِ ولم يُبَيِّنْ حِصَّةَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا من رَأْسِ الْمَالِ فَحَلَّ الْأَجَلُ له أَنْ يَبِيعَهُمَا جميعا مُرَابَحَةً على الْعَشَرَةِ بِلَا خِلَافٍ فَإِنْ بَاعَ أَحَدَهُمَا مُرَابَحَةً على خَمْسَةٍ لم يَجُزْ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَجُوزُ

وَلَوْ كان بين حِصَّةِ كل وَاحِدٍ من الثَّوْبَيْنِ من رَأْسِ الْمَالِ جَازَ أَنْ يَبِيعَ أَحَدَهُمَا مُرَابَحَةً على خَمْسَةٍ بِالْإِجْمَاعِ لَهُمَا إن الْمَقْبُوضَ هو الْمُسْلَمُ فيه وَالْمِلْكُ في الْمُسْلَمِ فيه يَثْبُتُ بِعَقْدِ السَّلَمِ وَعَقْدُ السَّلَمِ أَوْجَبَ انْقِسَامَ الثَّمَنِ وهو رَأْسُ الْمَالِ على الثَّوْبَيْنِ الْمَقْبُوضَيْنِ على السَّوَاءِ لِاتِّفَاقِهِمَا في الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالصِّفَةِ وَالْقَدْرِ فَكَانَتْ حِصَّةُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَعْلُومَةً فَتَجُوزُ الْمُرَابَحَةُ عَلَيْهِمَا كما إذَا أَسْلَمَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ في كرى حِنْطَةٍ فَحَلَّ السَّلَمُ وَقَبَضَهُمَا ثُمَّ بَاعَ أَحَدَهُمَا مُرَابَحَةً

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمَقْبُوضَ ليس عَيْنَ الْمُسْلَمِ فيه لِأَنَّ الْمُسْلَمَ فيه دَيْنٌ حَقِيقَةً وَقَبْضُ الدَّيْنِ لَا يُتَصَوَّرُ فلم يَكُنْ الْمَقْبُوضُ مَمْلُوكًا بِعَقْدِ السَّلَمِ بَلْ بِالْقَبْضِ فَكَانَ الْقَبْضُ بِمَنْزِلَةِ إنْشَاءِ الْعَقْدِ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهُمَا جميعا ابْتِدَاءً ولم يُبَيِّنْ حِصَّةَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَبِيعَ أَحَدَهُمَا مُرَابَحَةً

وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ فِيمَا لَا مِثْلَ له وَيَجُوزُ فِيمَا له مِثْلٌ على ما ذَكَرْنَا كَذَا هذا

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الرِّبْحُ مَعْلُومًا لِأَنَّهُ بَعْضُ الثَّمَنِ وَالْعِلْمُ بِالثَّمَنِ شَرْطُ صِحَّةِ الْبِيَاعَاتِ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ وهو شَرْطُ جَوَازِ الْمُرَابَحَةِ على الْإِطْلَاقِ وَكَذَلِكَ التَّوْلِيَةُ

وَبَيَانُ ذَلك أَنَّ رَأْسَ الْمَالِ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا له مِثْلٌ كَالْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ وَالْعَدَدِيَّاتِ المقاربة (((المتقاربة))) وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا لَا مِثْلَ له من الذَّرْعِيَّاتِ وَالْمَعْدُودَاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ فَإِنْ كان مِمَّا له مِثْلٌ يَجُوزُ بَيْعُهُ مُرَابَحَةً على الثَّمَنِ الْأَوَّلِ وتوليه مُطْلَقًا سَوَاءٌ بَاعَهُ من بَائِعِهِ أو من غَيْرِهِ وسوءا (((وسواء))) جَعَلَ الرِّبْحَ من جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ في الْمُرَابَحَةِ أو من خِلَافِ جِنْسِهِ بَعْدَ أَنْ كان الثَّمَنُ الْأَوَّلُ مَعْلُومًا وَالرِّبْحُ مَعْلُومًا

وَإِنْ كان مِمَّا لَا مِثْلَ له من الْعُرُوضِ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مُرَابَحَةً وَلَا توليه مِمَّنْ ليس ذَلِكَ الْعَرَضُ في مِلْكِهِ

لِأَنَّ الْمُرَابَحَةَ بَيْعٌ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ

وَكَذَلِكَ التَّوْلِيَةُ فإذا لم يَكُنْ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ مِثْلَ جِنْسِهِ

فَإِمَّا أَنْ يَقَعَ الْبَيْعُ على غَيْرِ ذلك الْعَرَضِ

وَإِمَّا أَنْ يَقَعَ على قِيمَتِهِ وَعَيْنُهُ ليس في مِلْكِهِ وَقِيمَتُهُ مَجْهُولَةٌ تُعْرَفُ بِالْحَزْرِ وَالظَّنِّ لِاخْتِلَافِ أَهْلِ التَّقْوِيمِ فيها

وَيَجُوزُ بَيْعُهُ تَوْلِيَةً مِمَّنْ الْعَرَضُ في مِلْكِهِ وَيَدِهِ

وَأَمَّا بَيْعُهُ مُرَابَحَةً مِمَّنْ الْعَرَضُ في مِلْكِهِ وَيَدِهِ فَيُنْظَرُ أن جَعَلَ الرِّبْحَ شيئا مُفْرَدًا عن رَأْسِ الْمَالِ مَعْلُومًا كَالدَّرَاهِمِ وَثَوْبٍ مُعَيَّنٍ وَنَحْوِ ذلك جَازَ لِأَنَّ

الثَّمَنَ الْأَوَّلَ مَعْلُومٌ وَالرِّبْحَ مَعْلُومٌ
وَإِنْ جَعَلَ الرِّبْحَ جُزْءًا من رَأْسِ الْمَالِ بِأَنْ قال بِعْتُكَ الثَّمَنَ الْأَوَّلَ بِرِبْحِ ده يا زده لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ جَعَلَ الرِّبْحَ جزأ من الْعَرَضِ وَالْعَرَضُ ليس مُتَمَاثِلَ الْأَجْزَاءِ وَإِنَّمَا يُعْرَفُ ذلك بِالتَّقَوُّمِ وَالْقِيمَةُ مَجْهُولَةٌ لِأَنَّ مَعْرِفَتَهَا بِالْحَزْرِ وَالظَّنِّ
وَأَمَّا بَيْعُهُ مُوَاضَعَةً مِمَّنْ الْعَرَضُ في يَدِهِ وَمِلْكِهِ فَالْجَوَابُ فيها على الْعَكْسِ من الْمُرَابَحَةِ وهو أَنَّهُ إنْ جَعَلَ الْوَضِيعَةَ شيئا مفردا (((منفردا))) عن رَأْسِ الْمَالِ مَعْلُومًا كَالدَّرَاهِمِ وَنَحْوِهِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إلَى وَضْعِ ذلك الْقَدْرِ عن رَأْسِ الْمَالِ وهو مَجْهُولٌ وَإِنْ جَعَلَهَا من جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ بِأَنْ بَاعَهُ بِوَضْعِ ده يا زده جَازَ الْبَيْعُ بِعَشَرَةِ أَجْزَاءٍ من أَحَدَ عَشَرَ جزأ من رَأْسِ الْمَالِ لِأَنَّ الْمَوْضُوعَ جُزْءٌ شَائِعٌ من رَأْسِ مَالٍ مَعْلُومٍ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ الثَّمَنُ في الْعَقْدِ الْأَوَّلِ مُقَابَلًا بِجِنْسِهِ من أَمْوَالِ الرِّبَا فَإِنْ كان بِأَنْ اشْتَرَى الْمَكِيلَ أو الْمَوْزُونَ بِجِنْسِهِ مِثْلًا بِمِثْلٍ لم يَجُزْ له أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابَحَةً لِأَنَّ الْمُرَابَحَةَ بَيْعٌ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَزِيَادَةٍ وَالزِّيَادَةُ في أَمْوَالِ الرِّبَا تَكُونُ رِبًا لَا رِبْحًا وَكَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مُوَاضَعَةً لِمَا قُلْنَا وَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ تَوْلِيَةً لِأَنَّ الْمَانِعَ هو تَحَقُّقُ الرِّبَا ولم يُوجَدْ في التَّوْلِيَةِ وَلِأَنَّهُ بَيْعٌ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ من غَيْرِ زِيَادَةٍ وَلَا نُقْصَانٍ وَكَذَا الْإِشْرَاكُ لِأَنَّهُ تَوْلِيَةٌ لَكِنْ بِبَعْضِ الثَّمَنِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ فَلَا بَأْسَ بِالْمُرَابَحَةِ حتى لو اشْتَرَى دِينَارًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ فَبَاعَهُ بِرِبْحِ دِرْهَمٍ أو ثَوْبٍ بِعَيْنِهِ جَازَ لِأَنَّ الْمُرَابَحَةَ بَيْعٌ بِالثَّمَنِ

الْأَوَّلِ وَزِيَادَةٍ وَلَوْ بَاعَ دِينَارًا بِأَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا أو بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَثَوْبٍ كان جَائِزًا كَذَا هذا وَلَوْ بَاعَ الدِّينَارَ بِرِبْحِ ذَهَبٍ بِأَنْ قال بِعْتُكَ هذا الدِّينَارَ الذي اشْتَرَيْتُهُ بِرِبْحِ قِيرَاطَيْنِ لم يَجُزْ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ جَازَ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْمُرَابَحَةَ بَيْعٌ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَزِيَادَةٍ كَأَنَّهُ بَاعَ دِينَارًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَقِيرَاطَيْنِ وَذَلِكَ جَائِزٌ وَطَرِيقُ جَوَازِهِ أَنْ يَكُونَ الْقِيرَاطَانِ بِمِثْلِهِمَا من الدِّينَارِ وَالْعَشَرَةِ بِبَقِيَّةِ الدِّينَارِ كَذَا هذا
وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ في تَجْوِيزِ هذا تَغْيِيرُ الْمُرَابَحَةِ لِأَنَّ الْمُتَصَارِفَيْنِ جَعَلَا الْعَشَرَةَ رَأْسَ الْمَالِ وَالدَّرَاهِمَ رِبْحًا فَلَوْ جَوَّزْنَا على ما قَالَهُ مُحَمَّدٌ لَصَارَ الْقِيرَاطُ رَأْسَ مَالٍ وَبَعْضُ الْعَشَرَةِ رِبْحًا وَفِيهِ تَغْيِيرُ الْمُقَابَلَةِ وَإِخْرَاجُهَا عن كَوْنِهَا مُرَابَحَةً فَلَا يَصِحُّ وَلَوْ اشْتَرَى سَيْفًا مُحَلًّى بِفِضَّةٍ وَحِلْيَتُهُ خَمْسُونَ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ ثُمَّ بَاعَهُ مُرَابَحَةً بِرِبْحِ دِرْهَمٍ أو بِرِبْحِ دِينَارٍ أو بِرِبْحِ ثَوْبٍ بِعَيْنِهِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْمُرَابَحَةَ بَيْعٌ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَزِيَادَةِ رِبْحٍ وَالرِّبْحُ يَنْقَسِمُ على كل الثَّمَنِ لِأَنَّهُ جُعِلَ رِبْحَ كل الثَّمَنِ فَلَا بُدَّ وَأَنْ يَنْقَسِمَ على كُلِّهِ لِيَكُونَ مُرَابَحَةً على كل الثَّمَنِ وَمَتَى انْقَسَمَ على الْكُلِّ كان لِلْحِلْيَةِ حِصَّةٌ من الرِّبْحِ لَا مَحَالَةَ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا وَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْعَقْدُ الْأَوَّلُ صَحِيحًا فَإِنْ كان فَاسِدًا لم يَجُزْ بَيْعُ الْمُرَابَحَةِ لِأَنَّ الْمُرَابَحَةَ بَيْعٌ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ مع زِيَادَةِ رِبْحٍ وَالْبَيْعُ الْفَاسِدُ وَإِنْ كان يُفِيدُ الْمِلْكَ في الْجُمْلَةِ لَكِنْ بِقِيمَةِ الْمَبِيعِ أو بمثله لَا بِالثَّمَنِ لِفَسَادِ التَّسْمِيَةِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ رَأْسِ الْمَالِ فَرَأْسُ الْمَالِ ما لَزِمَ الْمُشْتَرِيَ بِالْعَقْدِ لَا ما نَقَدَهُ

بَعْدَ الْعَقْدِ لِأَنَّ الْمُرَابَحَةَ بَيْعٌ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَالثَّمَنُ الْأَوَّلُ هو ما وَجَبَ بِالْبَيْعِ فَأَمَّا ما نَقَدَهُ بَعْدَ الْبَيْعِ فَذَلِكَ وَجَبَ بِعَقْدٍ آخَرَ وهو الِاسْتِبْدَالُ فَيَأْخُذُ من االمشتري ((المشتري))) الثَّانِي الْوَاجِبَ بِالْعَقْدِ لَا الْمَنْقُودَ بَعْدَهُ وَكَذَلِكَ التَّوْلِيَةُ

وَبَيَانُ هذا الْأَصْلِ إذَا اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَنَقَدَ مَكَانَهَا دِينَارًا أو ثَوْبًا فَرَأْسُ الْمَالِ هو الْعَشَرَةُ لَا الدِّينَارُ وَالثَّوْبُ لِأَنَّ الْعَشَرَةَ هِيَ التي وَجَبَتْ بِالْعَقْدِ وَإِنَّمَا الدِّينَارُ أو الثَّوْبُ بَدَلُ الثَّمَنِ الْوَاجِبِ

وَكَذَلِكَ لو اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ جِيَادٍ وَنَقَدَ مَكَانَهَا الزُّيُوفَ وَتَجَوَّزَ بها الْبَائِعُ الْأَوَّلُ فَعَلَى الْمُشْتَرِي نَقْدُ الْجِيَادِ لِمَا قُلْنَا وَلَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشَرَةٍ هِيَ خِلَافُ نَقْدِ الْبَلَدِ ثُمَّ بَاعَهُ مُرَابَحَةً فَإِنْ ذَكَرَ الرِّبْحَ مُطْلَقًا بِأَنْ قال أَبِيعُكَ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَرِبْحِ دِرْهَمٍ كان على الْمُشْتَرِي الثَّانِي عَشَرَةٌ من جِنْسِ ما نَقَدَ وَالرِّبْحُ من دَرَاهِمِ نَقْدِ الْبَلَدِ لِأَنَّ الْمُرَابَحَةَ بَيْعٌ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَالثَّمَنُ الْأَوَّلُ هو الْوَاجِبُ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ وهو عَشَرَةٌ وَهِيَ خِلَافُ نَقْدِ الْبَلَدِ فَيَجِبُ بِالْعَقْدِ الثَّانِي مِثْلُهَا وَالرِّبْحُ من نَقْدِ الْبَلَدِ لِأَنَّهُ أَطْلَقَ الرِّبْحَ وما أَضَافَهُ إلَى رَأْسِ الْمَالِ وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إلَى الْمُتَعَارَفِ وهو نَقْدُ الْبَلَدِ وَإِنْ أَضَافَ الرِّبْحَ إلَى الْعَشَرَةِ بِأَنْ قال أَبِيعُكَ بِرِبْحِ الْعَشَرَةِ أو بِرِبْحِ ده يا زده فَالْعَشَرَةُ وَالرِّبْحُ من جِنْسِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ

أَمَّا إذَا قال بِرِبْحِ الْعَشَرَةِ فَلِأَنَّهُ أَضَافَ الرِّبْحَ إلَى تِلْكَ الْعَشَرَةِ إذَا كان من جِنْسِهَا وَأَمَّا إذَا قال بِرِبْحِ ده يا زده فَلِأَنَّهُ جَعَلَ الرِّبْحَ جزأ من الْعَشَرَةِ فَكَانَ من جِنْسِهَا ضَرُورَةً

وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا زَادَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ الْأَوَّلَ في الثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَقِيلَ أَنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً وَتَوْلِيَةً على الْأَصْلِ وَالزِّيَادَةِ جميعا لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ فَيَصِيرُ في التَّقْدِيرِ كَأَنَّ الْعَقْدَ على الْأَصْلِ وَالزِّيَادَةِ جميعا فَكَانَ الْأَصْلُ مع الزِّيَادَةِ رَأْسِ الْمَالِ لِوُجُوبِهِمَا بِالْعَقْدِ تَقْدِيرًا فَيَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَيْهِمَا

وَكَذَا لو حَطَّ الْبَائِعُ الْأَوَّلُ عن الْمُشْتَرِي بَعْضَ الثَّمَنِ فإنه يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً على الثَّانِي بَعْدَ الْحَطِّ لِأَنَّ الْحَطَّ أَيْضًا يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ فَكَانَ الْبَاقِي بَعْدَ الْحَطِّ رَأْسَ الْمَالِ وهو الثَّمَنُ الْأَوَّلُ فَيَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عليه

وَلَوْ حَطَّ الْبَائِعُ الْأَوَّلُ عن الْمُشْتَرِي بَعْدَ ما بَاعَهُ الْمُشْتَرِي حَطَّ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ ذلك الْقَدْرَ عن الْمُشْتَرِي الثَّانِي مع حِصَّتِهِ من الرِّبْحِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْحَطَّ يَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ فَيَصِيرُ رَأْسُ الْمَالِ وهو الثَّمَنُ الْأَوَّلُ ما وَرَاءَ قَدْرِ الْمَحْطُوطِ فَيَحُطُّ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ عن الْمُشْتَرِي الثَّانِي ذلك الْقَدْرَ وَيَحُطُّ حِصَّتَهُ من الرِّبْحِ أَيْضًا لِأَنَّ قَدْرَ الرِّبْحِ يَنْقَسِمُ على جَمِيعِ الثَّمَنِ فإذا حَطَّ شيئا من ذلك الثَّمَنِ لَا بُدَّ من حَطِّ حِصَّتِهِ من الرِّبْحِ بِخِلَافِ ما إذَا بَاعَ مُسَاوَمَةً ثُمَّ حَطَّ عن الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ شيء من الثَّمَنِ أَنَّهُ لَا يَحُطُّ ذلك عن الْمُشْتَرِي الثَّانِي لِأَنَّ الثَّمَنَ الْأَوَّلَ أَصْلٌ في بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ وَلَا عِبْرَةَ بِهِ في بَيْعِ الْمُسَاوَمَةِ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو اشْتَرَى عَبْدَيْنِ قِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَالْآخَرُ بِخَمْسِمِائَةٍ ثُمَّ بَاعَهُمَا مُسَاوَمَةً انْقَسَمَ الثَّمَنُ عَلَيْهِمَا على الْقِيمَةِ نِصْفَيْنِ وَلَوْ بَاعَهُمَا مُرَابَحَةً أو تَوْلِيَةً انْقَسَمَ الثَّمَنُ عَلَيْهِمَا على قَدْرِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَثْلَاثًا لَا على قَدْرِ الْقِيمَةِ دَلَّ أَنَّ الْأَوَّلَ أَصْلٌ في بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ وَلَا عِبْرَةَ بِهِ في بَيْعِ الْمُسَاوَمَةِ فَالْحَطُّ عن الثَّمَنِ الْأَوَّلِ في بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ يُوجِبُ الْحَطَّ عن الثَّمَنِ الثَّانِي وَلَا يُوجِبُ في الْمُسَاوَمَةِ وَهَذَا الذي ذَكَرْنَا على أَصْلِ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ على الثَّمَنِ تَلْتَحِقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ

وَكَذَا الْحَطُّ عنه وَيَصِيرُ كَأَنَّ الْعَقْدَ في الِابْتِدَاءِ وَقَعَ على هذا الْقَدْرِ

فَأَمَّا على أَصْلِ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ فَالزِّيَادَةُ وَالْحَطُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَصِحُّ زِيَادَةً في الثَّمَنِ وَحَطًّا عنه وَإِنَّمَا يَصِحُّ هِبَةً مُبْتَدَأَةً وَالْمَسْأَلَةُ تَأْتِي في مَوْضِعِهَا إنْ شَاءَ اللَّهِ تَعَالَى

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَلْحَقُ بِرَأْسِ الْمَالِ وما لَا يَلْحَقُ بِهِ فَنَقُولُ لَا بَأْسَ بِأَنْ يَلْحَقَ بِرَأْسِ الْمَالِ أُجْرَةُ الْقَصَّارِ وَالصَّبَّاغِ وَالْغَسَّالِ وَالْفَتَّالِ وَالْخَيَّاطِ وَالسِّمْسَارِ وَسَائِقِ الْغَنَمِ وَالْكِرَاءُ وَنَفَقَةُ الرَّقِيقِ من طَعَامِهِمْ وَكِسْوَتِهِمْ وما لَا بُدَّ لهم منه بِالْمَعْرُوفِ وَعَلَفُ الدَّوَابِّ وَيُبَاعُ مُرَابَحَةً وَتَوْلِيَةً على الْكُلِّ اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ لِأَنَّ الْعَادَةَ فِيمَا بين التُّجَّارِ أَنَّهُمْ يُلْحِقُونَ هذه الْمُؤَنَ بِرَأْسِ الْمَالِ وَيَعُدُّونَهَا منه وَعُرْفُ الْمُسْلِمِينَ وَعَادَتُهُمْ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ

قال النبي عليه السلام ما رأه الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ إلَّا أَنَّهُ لَا يقول عِنْدَ الْبَيْعِ اشْتَرَيْتُهُ بِكَذَا وَلَكِنْ يقول قام عَلَيَّ بِكَذَا لِأَنَّ الْأَوَّلَ كَذِبٌ وَالثَّانِيَ صِدْقٌ

وَأَمَّا أُجْرَةُ الرَّاعِي وَالطَّبِيبِ وَالْحَجَّامِ وَالْخَتَّانِ وَالْبَيْطَارِ وَجُعْلِ الْآبِقِ وَالْفِدَاءِ عن الْجِنَايَةِ وما أَنْفَقَ على نَفْسِهِ وَعَلَى الرَّقِيقِ من تَعْلِيمِ صِنَاعَةٍ أو قُرْآنٍ أو شِعْرٍ فَلَا يَلْحَقُ بِرَأْسِ الْمَالِ

وَيُبَاعُ مُرَابَحَةً وَتَوْلِيَةً على الثَّمَنِ الْأَوَّلِ الْوَاجِبِ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ لَا غير لِأَنَّ الْعَادَةَ ما جَرَتْ من التُّجَّارِ بِإِلْحَاقِ هذه الْمُؤَنِ بِرَأْسِ الْمَالِ

وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ما رَآهُ الْمُسْلِمُونَ قَبِيحًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ قَبِيحٌ وَكَذَا الْمُضَارِبُ ما أَنْفَقَ على الرَّقِيقِ من طَعَامِهِمْ وَكِسْوَتِهِمْ وما لَا بُدَّ لهم منه بِالْمَعْرُوفِ يَلْحَقُ بِرَأْسِ الْمَالِ لِجَرَيَانِ الْعَادَةِ بِذَلِكَ وما أَنْفَقَ على نَفْسِهِ في سَفَرِهِ لَا يَلْحَقُ بِهِ لِأَنَّهُ لَا عَادَةَ فيه وَالتَّعْوِيلُ في هذا الْبَابِ على الْعَادَةِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَجِبُ بَيَانُهُ في الْمُرَابَحَةِ وما لَا يَجِبُ فَالْأَصْلُ فيه أَنَّ بَيْعَ الْمُرَابَحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ بَيْعُ أَمَانَةٍ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ ائْتَمَنَ الْبَائِعَ في إخْبَارِهِ عن الثَّمَنِ الْأَوَّلِ من غَيْرِ بينه وَلَا اسْتِحْلَافٍ فَتَجِبُ صِيَانَتُهَا عن الْخِيَانَةِ وَعَنْ سَبَبِ الْخِيَانَةِ وَالتُّهْمَةِ لِأَنَّ التَّحَرُّزَ عن ذلك كُلِّهِ وَاجِبٌ ما أَمْكَنَ قال اللَّهُ عز شَأْنُهُ { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ } وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ليس مِنَّا من غَشَّنَا

وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِوَابِصَةَ بن مَعْبَدٍ رضي اللَّهُ عنه الْحَلَالُ بَيِّنٌ وَالْحَرَامُ بَيِّنٌ وَبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ فَدَعْ ما يَرِيبُكَ إلا (((إلى))) ما لَا يَرِيبُكَ وَرُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال أَلَا إنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى وَإِنَّ حِمَى اللَّهِ مَحَارِمُهُ فَمَنْ حَامَ حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَقَعَ فيه

وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من كان يُؤْمِنُ بِاَللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخَرِ فَلَا يَقِفَنَّ مَوَاقِفَ التُّهَمِ وَالِاحْتِرَازُ عن الْخِيَانَةِ وَعَنْ شُبْهَةِ الْخِيَانَةِ وَالتُّهْمَةِ إنَّمَا يَحْصُلُ بِبَيَانِ ما يَجِبُ بَيَانُهُ فَلَا بُدَّ من بَيَانِ ما يَجِبُ بَيَانُهُ وما لَا يَجِبُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ

إذَا حَدَثَ بِالسِّلْعَةِ عَيْبٌ في يَدِ الْبَائِعِ أو في يَدِ الْمُشْتَرِي فَأَرَادَ أَنْ يَبِيعَهَا مُرَابَحَةً يُنْظَرُ إنْ حَدَثَ بآفاة (((بآفة))) سَمَاوِيَّةٍ له أَنْ يَبِيعَهَا مُرَابَحَةً بِجَمِيعِ الثَّمَنِ من غَيْرِ بَيَانٍ عِنْدَنَا

وقال زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَبِيعُهَا مُرَابَحَةً حتى يُبَيِّنَ وَإِنْ حَدَثَ بِفِعْلِهِ أو بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ لم يَبِعْهُ مُرَابَحَةً حتى يُبَيِّنَ بِالْإِجْمَاعِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا إن الْبَيْعَ من غَيْرِ بَيَانِ حُدُوثِ الْعَيْبِ لَا يَخْلُو من شُبْهَةِ الْخِيَانَةِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لو عَلِمَ أَنَّ الْعَيْبَ حَدَثَ في يَدِ الْمُشْتَرِي لَكَانَ لَا يَرْبَحُهُ فيه وَلِأَنَّهُ لَمَّا بَاعَهُ بَعْدَ حُدُوثِ الْعَيْبِ في يَدِهِ فَقَدْ احْتَبَسَ عِنْدَهُ جُزْءًا منه فَلَا يَمْلِكُ بَيْعَ الْبَاقِي من غَيْرِ بَيَانٍ كما لو احْتَبَسَ بِفِعْلِهِ أو بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ

وَلَنَا أَنَّ الْفَائِتَ جُزْءٌ لَا يُقَابِلُهُ ثَمَنٌ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو فَاتَ بَعْدَ الْعَقْدِ قبل الْقَبْضِ لَا يَسْقُطُ بِحِصَّتِهِ شَيْءٌ من الثَّمَنِ فَكَانَ بَيَانُهُ وَالسُّكُوتُ عنه بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ وما يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ قَائِمٌ بِالْكُلِّيَّةِ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابَحَةً من غَيْرِ بَيَانٍ لِأَنَّهُ يَكُونُ بَائِعًا ما بَقِيَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ بِخِلَافِ ما إذَا فَاتَ بِفِعْلِهِ أو بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ لِأَنَّ الْفَائِتَ صَارَ مَقْصُودًا بِالْفِعْلِ وَصَارَ مُقَابِلُهُ الثَّمَنَ فَقَدْ حَبَسَ الْمُشْتَرِي جُزْءًا يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ فَلَا يَمْلِكُ بَيْعَ الْبَاقِي مُرَابَحَةً إلَّا بِبَيَانٍ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَلَوْ حَدَثَ من الْمَبِيعِ زِيَادَةٌ كَالْوَلَدِ وَالثَّمَرَةِ وَالصُّوفِ وَاللَّبَنِ وَالْعُقْرِ لم يَبِعْهُ مُرَابَحَةً حتى يُبَيِّنَ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ الْمُتَوَلِّدَةَ من الْمَبِيعِ مَبِيعَةٌ عِنْدَنَا حتى تَمْنَعَ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ وَإِنْ لم يَكُنْ لها حِصَّةٌ من الثَّمَنِ لِلْحَالِ فَهَذَا حَبَسَ بَعْضَ الْمَبِيعِ وَبَاعَ الْبَاقِيَ فَلَا يَجُوزُ من غَيْرِ بَيَانٍ

وَكَذَا لو هَلَكَ بِفِعْلِهِ أو بفعل (((بفعل))) أَجْنَبِيٍّ وَوَجَبَ الْأَرْشُ لِأَنَّهُ صَارَ مَبِيعًا مَقْصُودًا يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ ثُمَّ الْمَبِيعُ بَيْعًا غير مَقْصُودٍ لم يَبِعْهُ مُرَابَحَةً من غَيْرِ بَيَانٍ فَالْمَبِيعُ مَقْصُودًا أَوْلَى

وَلَوْ هَلَكَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ له أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابَحَةً من غَيْرِ بَيَانٍ لِأَنَّهُ إنْ هَلَكَ طَرَفٌ من أَطْرَافِهِ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ بَاعَهُ مُرَابَحَةً من غَيْرِ

بَيَانٍ على ما مَرَّ فَالْوَلَدُ أَوْلَى لِأَنَّهُ مُلْحَقٌ بِالطَّرَفِ

وَلَوْ اسْتَغَلَّ الْوَلَدَ وَالْأَرْضَ جَازَ له أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابَحَةً من غَيْرِ بَيَانٍ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ التي لَيْسَتْ بِمُتَوَلِّدَةٍ من الْمَبِيعِ لَا تَكُونُ مَبِيعَةً بِالْإِجْمَاعِ وَلِهَذَا لَا يُمْنَعُ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ فلم يَكُنْ بِبَيْعِ الدَّارِ أو الْأَرْضِ حَابِسًا جُزْءًا من الْمَبِيعِ فَكَانَ له أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابَحَةً من غَيْرِ بَيَانٍ

وَكَذَلِكَ لو كان الْمشتري جَارِيَةً ثَيِّبًا فَوَطِئَهَا جَازَ له أَنْ يَبِيعَهَا مُرَابَحَةً من غَيْرِ بَيَانٍ فإن الْوَطْءَ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ حَقِيقَةً وَالْمَنْفَعَةُ لَيْسَتْ بِجُزْءٍ لها حَقِيقَةً فَاسْتِيفَاؤُهَا لَا يُوجِبُ نُقْصَانًا في الذَّاتِ إلَّا أَنَّهُ أُلْحِقَ بِالْجُزْءِ عِنْدَ عَدَمِ الْمِلْكِ إظْهَارًا لِخَطَرِ الإبضاع وَلَا حَاجَةَ إلَى ذلك في الْمِلْكِ فَبَقِيَتْ مَبِيعَةً حَقِيقَةً وَوَطْءُ الثَّيِّبِ إنَّمَا مَنَعَ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ عِنْدَنَا لَا لِأَنَّهُ إتْلَافُ جُزْءٍ من الْعَيْنِ بَلْ لِمَعْنًى آخَرَ نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ وَلَوْ كانت الْجَارِيَةُ بِكْرًا فَافْتَضَّهَا الْمُشْتَرِي لم يَبِعْهَا مُرَابَحَةً حتى يُبَيِّنَ لِأَنَّ الِافْتِضَاضَ إزَالَةُ الْعُذْرَةِ وهو (((وهي))) عُضْوٌ منها فَكَانَ إتْلَافًا لِجُزْئِهَا فَأَشْبَهَ إتْلَافَ سَائِرِ الْأَجْزَاءِ وَلَوْ أَتْلَفَ منها جُزْءًا آخَرَ لَكَانَ لَا يَبِيعُهَا مُرَابَحَةً حتى يُبَيِّنَ
كَذَا هذا

وَلَوْ اشْتَرَى شيئا نَسِيئَةً لم يَبِعْهُ مُرَابَحَةً حتى يُبَيِّنَ لِأَنَّ لِلْأَجَلِ شُبْهَةَ الْمَبِيعِ وَإِنْ لم يَكُنْ مَبِيعًا حَقِيقَةً لِأَنَّهُ مَرْغُوبٌ فيه أَلَا تَرَى أَنَّ الثَّمَنَ قد يُزَادُ لِمَكَانِ الْأَجَلِ فَكَانَ له شُبْهَةُ أَنْ يُقَابِلَهُ شَيْءٌ من الثَّمَنِ فَيَصِيرَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ ثُمَّ بَاعَ أَحَدَهُمَا مُرَابَحَةً على ثَمَنِ الْكُلِّ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ في هذا الْبَابِ

فَيَجِبُ التَّحَرُّزُ عنها بِالْبَيَانِ
وَلَوْ اِشْتَرَى من إنْسَانٍ شيئا بِدَيْنٍ له عليه له أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابَحَةً من غَيْرِ بَيَانٍ
وَلَوْ أَخَذَ شيئا صُلْحًا من دَيْنٍ له على إنْسَانٍ لَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً حتى يُبَيِّنَ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ مَبْنَى الصُّلْحِ على الْحَطِّ وَالْإِغْمَاضِ وَالتَّجَوُّزِ بِدُونِ الْحَقِّ فَلَا بُدَّ من الْبَيَانِ لِيَعْلَمَ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ سَامَحَ أَمْ لَا فَيَقَعُ التَّحَرُّزُ عن التُّهْمَةِ وَمَبْنَى الشِّرَاءِ على الْمُضَايَقَةِ وَالْمُمَاكَسَةِ فَلَا حَاجَةَ إلَى الْبَيَانِ وَفَرْقٌ آخَرُ إن في الشِّرَاءِ لَا تُتَصَوَّرُ الْخِيَانَةُ لِأَنَّ الشِّرَاءَ لَا يَقَعُ بِذَلِكَ الدَّيْنِ بِعَيْنِهِ بَلْ بمثله وهو أَنْ يَجِبَ على الْمُشْتَرِي مِثْلُ ما في ذِمَّةِ الْمَدْيُونِ فَيَلْتَقِيَانِ قِصَاصًا لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ وَالدَّلِيلُ على أَنَّهُ كَذَلِكَ أَنَّهُ لو اشْتَرَى ثُمَّ تَصَادَقَا على أَنَّهُ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ لم يَبْطُلْ الشِّرَاءُ وَلَوْ وَقَعَ الشِّرَاءُ بِذَلِكَ الدَّيْنِ بِعَيْنِهِ لَبَطَلَ الشِّرَاءُ وإذا لم يَقَعْ الشِّرَاءُ بِذَلِكَ الدَّيْنِ بِعَيْنِهِ لَا تَتَقَدَّرُ الْخِيَانَةُ كما إذَا اشْتَرَى منه ثَوْبًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ ابْتِدَاءً بِخِلَافِ الصُّلْحِ فإنه يَقَعُ بِمَا في الذِّمَّةِ على الْبَدَلِ الْمَذْكُورِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُمَا لو تَصَادَقَا بَعْدَ عَقْدِ الصُّلْحِ على أَنَّهُ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ يَبْطُلُ الصُّلْحُ فَاحْتَمَلَ تُهْمَةَ الْمُسَامَحَةِ وَالتَّجَوُّزِ بِدُونِ الْحَقِّ فَوَجَبَ التَّحَرُّزُ عن ذلك بِالْبَيَانِ
وَلَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَرَقَمَهُ اثْنَيْ عَشَرَ فَبَاعَهُ مُرَابَحَةً على الرَّقْمِ من غَيْرِ بَيَانٍ جَازَ إذَا كان الرَّقْمُ مَعْلُومًا وَالرِّبْحُ مَعْلُومًا وَلَا يَكُونُ خِيَانَةً لِأَنَّهُ صَادِقٌ لَكِنْ لَا يقول اشْتَرَيْته بِكَذَا لِأَنَّهُ يَكُونُ كَاذِبًا فيه
وروى عن أبي يُوسُفَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ إذَا كان لَا يَعْلَمُ عَادَةَ التُّجَّارِ وَعِنْدَهُ أَنَّ الرَّقْمَ هو الثَّمَنُ لم يَبِعْهُ مُرَابَحَةً على ذلك من غَيْرِ بَيَانٍ
وَكَذَلِكَ لو وَرِثَ مَالًا فَرَقَمَهُ ثُمَّ بَاعَهُ مُرَابَحَةً على رَقْمِهِ يَجُوزُ لِمَا قُلْنَا وَلَوْ اشْتَرَى شيئا ثُمَّ بَاعَهُ بِرِبْحٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ فَأَرَادَ أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابَحَةً فإنه يَطْرَحُ كُلَّ رِبْحٍ كان قبل ذلك فَيَبِيعُهُ مُرَابَحَةً على ما يبقي من رَأْسِ الْمَالِ بَعْدَ الطَّرْحِ فَإِنْ لم يَبْقَ منه شَيْءٌ بِأَنْ اسْتَغْرَقَ الرِّبْحُ الثَّمَنَ لم يَبِعْهُ مُرَابَحَةً وَهَذَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ
وَأَمَّا عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً على الثَّمَنِ الْأَخِيرِ من غَيْرِ بَيَانٍ وَلَا عِبْرَةَ بِالْعُقُودِ الْمُتَقَدِّمَةِ رَبِحَ فيها أو خَسِرَ
وَبَيَانُ ذلك إذَا اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشَرَةٍ فَبَاعَهُ بِخَمْسَةَ عَشَرَ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِعَشَرَةٍ فإنه يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً على خَمْسَةٍ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا على عَشَرَةٍ وَلَوْ بَاعَهُ بِعِشْرِينَ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِعَشَرَةٍ لم يَبِعْهُ مُرَابَحَةً أَصْلًا وَعِنْدَهُمَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً على عَشَرَةٍ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْعُقُودَ الْمُتَقَدِّمَةَ لَا عِبْرَةَ بها لِأَنَّهَا ذَهَبَتْ وَتَلَاشَتْ بِنَفْسِهَا وَحُكْمِهَا فَأَمَّا الْعَقْدُ الْأَخِيرُ فَحُكْمُهُ قَائِمٌ وهو الْمِلْكُ فَكَانَ هذا الْمُعْتَبَرُ فَيَبِيعُهُ مُرَابَحَةً على الثَّمَنِ الْأَخِيرِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّ الشِّرَاءَ الْأَخِيرَ كما أَوْجَبَ مِلْكَ الثَّوْبِ فَقَدْ أَكَّدَ الرِّبْحَ وهو خمسه لِأَنَّهُ كان يَحْتَمِلُ الْبُطْلَانَ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ أو بِغَيْرِهِ من أَسْبَابِ الْفَسْخِ فإذا اشْتَرَى فَقَدْ خَرَجَ عن احْتِمَالِ الْبُطْلَانِ فَتَأَكَّدَ وَلِلتَّأَكُّدِ شُبْهَةُ الأثبات فَكَانَ مُشْتَرِيًا لِلثَّوْبِ وَخَمْسَةُ الرِّبْحِ بِعَشَرَةٍ من وَجْهٍ فَكَانَ فيه شبهه أَنَّهُ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ ثُمَّ بَاعَ أَحَدَهُمَا مُرَابَحَةً على ثَمَنِ الْكُلِّ وَذَا لَا يَجُوزُ من غَيْرِ بَيَانٍ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ في هذا الْبَابِ لها حُكْمُ الْحَقِيقَةِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشَرَةٍ نَسِيئَةً ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابَحَةً على عَشَرَةٍ نقد (((نقدا))) لم يَبِعْهُ مُرَابَحَةً من غَيْرِ بَيَانٍ احتراز (((احترازا))) عن الشُّبْهَةِ لِأَنَّ لِلْأَجَلِ شُبْهَةَ أَنْ يُقَابِلَهُ الثَّمَنُ على ما مَرَّ فَوَجَبَ التَّحَرُّزُ عنه بِالْبَيَانِ كَذَا هذا فإذا بَاعَهُ

بِعَشْرَيْنِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِعَشَرَةٍ صَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى ثَوْبًا وَعَشَرَةً بِعَشَرَةٍ فَيَكُونُ الْعَشَرَةُ بِالْعَشَرَةِ وَيَبْقَى الثَّوْبُ خَالِيًا عن الْعِوَضِ في عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ فَيَتَمَكَّنُ فيه شُبْهَةُ الرِّبَا فلم يَبِعْهُ مُرَابَحَةً وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

وَلَوْ اشْتَرَى مِمَّنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ له كَالْوَالِدَيْنِ والمولدين (((والمولودين))) وَالزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ لم يَجُزْ له أَنْ يَبِيعَهُ مُرَابَحَةً حتى يُبَيِّنَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ له ذلك من غَيْرِ بَيَانٍ وَلَوْ اشْتَرَى من مُكَاتَبِهِ أو عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ أو لَا دَيْنَ عليه لم يَبِعْهُ مُرَابَحَةً من غَيْرِ بَيَانٍ بِالْإِجْمَاعِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ لَا خَلَلَ في الشِّرَاءِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ مِلْكَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُمْتَازٌ عن مِلْكِ صَاحِبِهِ مُنْفَصِلٌ عنه فَصَحَّ الشِّرَاءُ الْأَوَّلُ فَلَا يَجِبُ الْبَيَانُ كما إذَا اشْتَرَى من الْأَجْنَبِيِّ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ تُهْمَةَ الْمُسَامَحَةِ في الشِّرَاءِ الْأَوَّلِ قَائِمَةٌ لِأَنَّ الناس في الْعَادَاتِ لَا يُمَاكِسُونَ في الشِّرَاءِ من هَؤُلَاءِ فَكَانَتْ التُّهْمَةُ وَهِيَ الشِّرَاءُ بِزِيَادَةِ الثَّمَنِ قَائِمَةً فَلَا بُدَّ من الْبَيَانِ كما في الْمُكَاتَبِ وَالْمَأْذُونِ وَلِأَنَّ لِلشِّرَاءِ من هَؤُلَاءِ شُبْهَةَ عَدَمِ الصِّحَّةِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَبِيعُ بِمَالِ صَاحِبِهِ عَادَةً وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَحَدِهِمَا لِصَاحِبِهِ لِكَوْنِهَا شَهَادَةً لِنَفْسِهِ من وَجْهٍ فَكَانَ مَالُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْدَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ قَائِمًا مَعْنًى فَكَانَ لِهَذَا الشِّرَاءِ شُبْهَةُ عَدَمِ الصِّحَّةِ

وَالشُّبْهَةُ في هذا الْبَابِ مُلْحَقَةٌ بِالْحَقِيقَةِ فيؤثر (((فتؤثر))) في الْمُرَابَحَةِ كما في الْمُكَاتَبِ وَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ

وَلَوْ اشْتَرَى سِلْعَةً من رَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ اشْتَرَى منه من لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ له بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَخَمْسِمِائَةٍ فإنه يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً على أَقَلِّ الثَّمَنَيْنِ وَذَلِكَ أَلْفٌ وَلَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً على أَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ إلَّا بِبَيَانٍ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً على أَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ من غَيْرِ بَيَانٍ لِمَا ذَكَرْنَا

وَأَجْمَعُوا على أَنَّهُ لو اشْتَرَى عَبْدًا بِخَمْسِمِائَةٍ فَبَاعَهُ من الْمُكَاتَبِ الْمَدْيُونِ أو لَا دَيْنَ عليه بِأَلْفٍ إنه لَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً على أَكْثَرِ الثَّمَنَيْنِ

وَكَذَا لو اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ أو الْمَأْذُونُ عَبْدًا بِخَمْسِمِائَةٍ فَبَاعَهُ من الْمَوْلَى بِأَلْفٍ لِمَا قُلْنَا وَلَوْ اشْتَرَى من مُضَارِبِهِ أو اشْتَرَى مضاربه منه فإنه يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً على أَقَلِّ الثَّمَنَيْنِ وَحِصَّةِ الْمُضَارِبِ من الرِّبْحِ إنْ كان فيه رِبْحٌ وَإِنْ لم يَكُنْ رِبْحٌ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً على أَقَلِّ الثَّمَنَيْنِ بَيَانُ ذلك إذَا دَفَعَ أَلْفًا مُضَارَبَةً فَاشْتَرَى رَبُّ الْمَالِ عَبْدًا بِخَمْسِمِائَةٍ فَبَاعَهُ من الْمُضَارِبِ بِأَلْفٍ فإن الْمُضَارِبَ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً على خَمْسِمِائَةٍ لِأَنَّ جَوَازَ بَيْعِ رَبِّ الْمَالِ من الْمُضَارِبِ وَالْمُضَارِبِ من رَبِّ الْمَالِ ليس بِمَقْطُوعٍ بِهِ بَلْ هو مَحَلُّ الِاجْتِهَادِ فإن عِنْدَ زُفَرَ لَا يَجُوزُ وهو الْقِيَاسُ لِأَنَّهُ بَيْعُ مَالِ نَفْسِهِ على نَفْسِهِ وَالشِّرَاءُ من الْإِنْسَانِ بِمَالِهِ إلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَّا الْجَوَازَ بِالِاجْتِهَادِ مع احْتِمَالِ الْخَطَأِ فَكَانَ شُبْهَةُ عَدَمِ الْجَوَازِ قَائِمَةً فتلحق (((فتلتحق))) بِالْحَقِيقَةِ في الْمَنْعِ من الْمُرَابَحَةِ من غَيْرِ بَيَانٍ وَلِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّ رَبَّ الْمَالِ بَاعَهُ من الْمُضَارِبِ بِأَكْثَرَ من قِيمَتِهِ لَكِنْ سَاهَلَهُ الْمُضَارِبُ لِأَنَّهُ ما اشْتَرَاهُ بِمَالِ نَفْسِهِ بَلْ بِمَالِ رَبِّ الْمَالِ فَتَمَكَّنَتْ التُّهْمَةُ في هذا الْبَيْعِ فَلَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً بِأَوْفَرِ الثَّمَنَيْنِ إلَّا بِبَيَانٍ

وَلَوْ اشْتَرَى الْمُضَارِبُ عَبْدًا بِأَلْفٍ فَبَاعَهُ من رَبِّ الْمَالِ بِأَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ فإن لِرَبِّ الْمَالِ بَيْعَهُ مُرَابَحَةً على أَلْفٍ وَمِائَةٍ إنْ كانت الْمُضَارَبَةُ بِالنِّصْفِ لِأَنَّ الْمِائَتَيْنِ

رِبْحٌ وَهِيَ بَيْنَهُمَا إلَّا أَنَّ حِصَّةَ رَبِّ الْمَالِ فيها شُبْهَةٌ وَتُهْمَةٌ على ما ذَكَرْنَا فَيُطْرَحُ ذلك الْقَدْرُ من بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ وَأَمَّا حِصَّةُ الْمُضَارِبِ فَلَا شُبْهَةَ فيها وَلَا تُهْمَةَ إذْ لَا حَقَّ فيها لِرَبِّ الْمَالِ فَيَبِيعُهُ مُرَابَحَةً على أَلْفٍ وَمِائَةٍ

وَكَذَلِكَ لو اشْتَرَى رَبُّ الْمَالِ عَبْدًا بِأَلْفٍ فَبَاعَهُ من الْمُضَارِبِ بِمِائَةٍ بَاعَهُ الْمُضَارِبُ مُرَابَحَةً على مِائَةٍ

وَكَذَلِكَ لو اشْتَرَى الْمُضَارِبُ بِأَلْفٍ فَبَاعَهُ من رَبِّ الْمَالِ بِمِائَةٍ بَاعَهُ رَبُّ الْمَالِ مُرَابَحَةً على مِائَةٍ وَهِيَ أَقَلُّ الثَّمَنَيْنِ لِأَنَّهُ لَا تُهْمَةَ في الْأَقَلِّ وفي الْأَكْثَرِ تُهْمَةٌ على ما بَيَّنَّا

وَلَوْ اشْتَرَى رَبُّ الْمَالِ بِخَمْسِمِائَةٍ فَبَاعَهُ من الْمُضَارِبِ بِأَلْفٍ وَمِائَةٍ بَاعَهُ الْمُضَارِبُ مُرَابَحَةً على خَمْسِمِائَةٍ وَخَمْسِينَ لِأَنَّ الْخَمْسَمِائَةِ أَقَلُّ الثَّمَنَيْنِ وَالْخَمْسُونَ قَدْرُ حِصَّةِ الْمُضَارِبِ من الرِّبْحِ فَتُضَمُّ إلَى الْخَمْسِمِائَةِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ الْخِيَانَةِ إذَا ظَهَرَتْ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ إذَا ظَهَرَتْ الْخِيَانَةُ في الْمُرَابَحَةِ لَا يَخْلُو إمَّا إن ظَهَرَتْ في صِفَةِ الثَّمَنِ وَإِمَّا إن ظَهَرَتْ في قَدْرِهِ فَإِنْ ظَهَرَتْ في صِفَةِ الثَّمَنِ بِأَنْ اشْتَرَى شيئا بِنَسِيئَةٍ ثُمَّ بَاعَهُ مُرَابَحَةً على الثَّمَنِ الْأَوَّلِ ولم يُبَيِّنْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِنَسِيئَةٍ أو بَاعَهُ تَوْلِيَةً ولم يُبَيِّنْ ثُمَّ عَلِمَ الْمُشْتَرِي فَلَهُ الْخِيَارُ بِالْإِجْمَاعِ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ لِأَنَّ الْمُرَابَحَةَ عَقْدٌ بُنِيَ على الْأَمَانَةِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ اعْتَمَدَ الْبَائِعَ وَائْتَمَنَهُ في الْخَبَرِ عن الثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَكَانَتْ الْأَمَانَةُ مَطْلُوبَةً في هذا الْعَقْدِ فَكَانَتْ صِيَانَتُهُ عن الْخِيَانَةِ مَشْرُوطَةً دَلَالَةً فَفَوَاتُهَا يُوجِبُ الْخِيَارَ كَفَوَاتِ السَّلَامَةِ عن الْعَيْبِ

وَكَذَا لو صَالَحَ من دَيْنِ

أَلْفٍ له على إنْسَانٍ على عَبْدٍ ثُمَّ بَاعَهُ مُرَابَحَةً على الْأَلْفِ ولم يُبَيِّنْ لِلْمُشْتَرِي أَنَّهُ كان بَدَلَ الصُّلْحِ فَلَهُ الْخِيَارُ لِمَا قُلْنَا وَإِنْ ظَهَرَتْ الْخِيَانَةُ في قَدْرِ الثَّمَنِ في الْمُرَابَحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ بِأَنْ قال اشْتَرَيْتُ بِعَشَرَةٍ وَبِعْتُكَ بِرِبْحِ دَهٍ يا زده أو قال اشْتَرَيْتُ بِعَشَرَةٍ وَوَلَّيْتُكَ بِمَا تَوَلَّيْتُ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كان اشْتَرَاهُ بتسعه فَقَدْ اُخْتُلِفَ في حُكْمِهِ

قال أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ في الْمُرَابَحَةِ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ وفي التَّوْلِيَةِ لَا خِيَارَ له لَكِنْ يُحَطُّ قَدْرُ الْخِيَانَةِ وَيَلْزَمُ الْعَقْدُ بِالثَّمَنِ الْبَاقِي

وقال أبو يُوسُفَ لَا خِيَارَ له وَلَكِنْ يُحَطُّ قَدْرُ الْخِيَانَةِ فِيهِمَا جميعا وَذَلِكَ دِرْهَمٌ في التَّوْلِيَةِ وَدِرْهَمٌ في الْمُرَابَحَةِ وَحِصَّةٌ من الرِّبْحِ وهو جُزْءٌ من عَشَرَةِ أَجْزَاءٍ من دِرْهَمٍ وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ له الْخِيَارُ فِيهِمَا جميعا إنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ على الْبَائِعِ

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ لم يَرْضَ بِلُزُومِ الْعَقْدِ إلَّا بِالْقَدْرِ الْمُسَمَّى من الثَّمَنِ فَلَا يَلْزَمُ بِدُونِهِ وَيَثْبُتُ له الْخِيَارُ لِفَوَاتِ السَّلَامَةِ عن الْخِيَانَةِ كما يَثْبُتُ الْخِيَارُ بِفَوَاتِ السَّلَامَةِ عن الْعَيْبِ إذَا وُجِدَ الْمَبِيعُ مَعِيبًا

وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الثَّمَنَ الْأَوَّلَ أَصْلٌ في بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ فإذا ظَهَرَتْ الْخِيَانَةُ تَبَيَّنَ أَنَّ تَسْمِيَةَ قَدْرِ الْخِيَانَةِ لم تَصِحَّ فَلَغَتْ

تَسْمِيَتُهُ وَبَقِيَ الْعَقْدُ لَازِمًا بِالثَّمَنِ الْبَاقِي
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ الْفَرْقُ بين الْمُرَابَحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ وهو أَنَّ الْخِيَانَةَ في الْمُرَابَحَةِ لَا تُوجِبُ خُرُوجَ الْعَقْدِ عن كَوْنِهِ مُرَابَحَةً لِأَنَّ الْمُرَابَحَةَ بَيْعٌ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَزِيَادَةُ رِبْحٍ وَهَذَا قَائِمٌ بَعْدَ الْخِيَانَةِ لِأَنَّ بَعْضَ الثَّمَنِ رَأْسُ مَالٍ وَبَعْضَهُ رِبْحٌ فلم يَخْرُجْ الْعَقْدُ عن كَوْنِهِ مُرَابَحَةً وَإِنَّمَا أَوْجَبَ تَغْيِيرًا في قَدْرِ الثَّمَنِ وَهَذَا يُوجِبُ خَلَلًا في الرِّضَا فَيَثْبُتُ الْخِيَارُ كما إذَا ظَهَرَتْ الْخِيَانَةُ في صِفَةِ الثَّمَنِ بِأَنْ ظَهَرَ إن الثَّمَنَ كان نَسِيئَةً وَنَحْوَ ذلك على ما ذَكَرْنَا بِخِلَافِ التَّوْلِيَةِ لِأَنَّ الْخِيَانَةَ فيها تُخْرِجُ الْعَقْدَ عن كَوْنِهِ تَوْلِيَةً لِأَنَّ التَّوْلِيَةَ بَيْعٌ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ من غَيْرِ زِيَادَةٍ وَلَا نُقْصَانٍ وقد ظَهَرَ النُّقْصَانُ في الثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَلَوْ أَثْبَتْنَا الْخِيَارَ لَأَخْرَجْنَاهُ عن كَوْنِهِ تَوْلِيَةً وَجَعَلْنَاهُ مُرَابَحَةً وَهَذَا إنْشَاءُ عَقْدٍ آخَرَ لم يَتَرَاضَيَا عليه وَهَذَا لَا يَجُوزُ فَحَطَطْنَا قَدْرَ الْخِيَانَةِ وَأَلْزَمْنَا الْعَقْدَ بِالثَّمَنِ الْبَاقِي وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
هذا إذَا كان الْمَبِيعُ عِنْدَ ظُهُورِ الْخِيَانَةِ بِمَحَلِّ الْفَسْخِ فَأَمَّا إذَا لم يَكُنْ بِأَنْ هَلَكَ أو حَدَثَ بِهِ ما يَمْنَعُ الْفَسْخَ بَطَلَ خِيَارُهُ وَلَزِمَهُ جَمِيعُ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ إذَا لم يَكُنْ بِمَحَلِّ الْفَسْخِ لم يَكُنْ في ثُبُوتِ الْخِيَارِ فَائِدَةٌ فَيَسْقُطُ كما في خِيَارِ الشَّرْطِ وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الْإِشْرَاكُ فَحُكْمُهُ حُكْمُ التَّوْلِيَةِ لَا أَنَّهُ تَوْلِيَةٌ حَقِيقَةً لَكِنَّهُ تَوْلِيَةُ بَعْضِ الْمَبِيعِ بِبَعْضِ الثَّمَنِ وقد ذَكَرْنَا ما يَتَعَلَّقُ بِالتَّوْلِيَةِ من الشَّرَائِطِ وَالْأَحْكَامِ وَاَلَّذِي يَخْتَصُّ بِالْإِشْرَاكِ بَيَانُ الْقَدْرِ الذي تَثْبُتُ فيه الشَّرِكَةُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ المشتري لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ لِوَاحِدٍ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ لِاثْنَيْنِ أو أَكْثَرَ فَإِنْ كان لِوَاحِدٍ فَأَشْرَكَ فيه غَيْرَهُ فَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يُشْرِكَهُ في قَدْرٍ مَعْلُومٍ كَالنِّصْفِ وَالثُّلُثِ وَالرُّبُعِ وَنَحْوِ ذلك وَإِمَّا إن أَطْلَقَ الشَّرِكَةَ فَإِنْ أَشْرَكَهُ في قَدْرٍ مَعْلُومٍ فَلَهُ ذلك الْقَدْرُ لَا شَكَّ فيه لِأَنَّ حُكْمَ التَّصَرُّفِ فيه يَثْبُتُ في قَدْرِ ما أُضِيفَ إلَيْهِ هو الْأَصْلُ فَإِنْ أَطْلَقَ الشَّرِكَةَ بِأَنْ قال أَشْرَكْتُكَ في هذا الْكُرِّ فَلَهُ نِصْفُ الْكُرِّ كما لو قال أَشْرَكْتُكَ في نِصْفِ الْكُرِّ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ الْمُطْلَقَةَ تَقْتَضِي الْمُسَاوَاةَ فَتَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ نَصِيبُ الرَّجُلِ مِثْلَ نَصِيبِهِ
وَلَوْ أَشْرَكَ رَجُلًا في نِصْفِهِ فلم يَقْبِضْهُ حتى هَلَكَ نِصْفُهُ فَالرَّجُلُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ ما بَقِيَ وهو رُبُعُ الْكُرِّ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِأَنَّهُ كان له نِصْفٌ شَائِعٌ من ذلك فما هَلَكَ هَلَكَ على الشَّرِكَةِ وما بَقِيَ بَقِيَ على الشَّرِكَةِ وَلَهُ الْخِيَارُ إذَا كان قبل الْقَبْضِ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ قد تَفَرَّقَتْ عليه
وَكَذَلِكَ لو بَاعَ رجلا (((رجل))) نِصْفَ الْكُرِّ ثُمَّ هَلَكَ نِصْفُهُ قبل الْقَبْضِ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ كان مَكَانَ الْهَلَاكِ اسْتِحْقَاقٌ بِأَنْ اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْكُرِّ فَهَهُنَا يَخْتَلِفُ حُكْمُ الشَّرِكَةِ وَالْبَيْعِ فَيَكُونُ النِّصْفُ الْبَاقِي لِلْمُشْتَرِي خَاصَّةً في الْبَيْعِ وفي الشَّرِكَةِ يَكُونُ بَيْنَهُمَا وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الْبَيْعَ أُضِيفَ إلَى نِصْفٍ شَائِعٍ وَتَعَذَّرَ تَنْفِيذُهُ في النِّصْفِ الْمُسْتَحَقِّ لِانْعِدَامِ الْمِلْكِ وَأَمْكَنَ تَنْفِيذُهُ في نِصْفِ الْمَمْلُوكِ فَيَجِبُ تَنْفِيذُهُ فيه
وَكَذَلِكَ في الشَّرِكَةِ إلَّا أَنَّ تَنْفِيذَهُ في النِّصْفِ الْمَمْلُوكِ يَقْتَضِي الْمُسَاوَاةَ بَيْنَهُمَا في ذلك النِّصْفِ وَذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ نِصْفُهُ لِلرَّجُلِ وَنِصْفُهُ له
وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا فقال له رَجُلٌ أَشْرِكْنِي في هذا الْعَبْدِ فقال قد أَشْرَكْتُكَ ثُمَّ قال له رَجُلٌ آخَرُ مِثْلَ ذلك فَأَشْرَكَهُ فيه إنْ كان الثَّانِي عَلِمَ بِمُشَارَكَةِ الْأَوَّلِ فَلَهُ الرُّبُعُ وَلِلْمُشْتَرِي الرُّبُعُ وَالنِّصْفُ لِلْأَوَّلِ وَإِنْ كان لم يَعْلَمْ بِمُشَارَكَتِهِ فَالنِّصْفُ له وَالنِّصْفُ لِلْأَوَّلِ وَلَا شَيْءَ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ إذَا عَلِمَ الثَّانِي بِمُشَارَكَةِ

الْأَوَّلِ فلم يَطْلُبْ الشَّرِكَةَ منه إلَّا في نَصِيبِهِ خَاصَّةً

وَالشَّرِكَةُ في نَصِيبِهِ تَقْتَضِي الْمُسَاوَاةَ بين النَّصِيبَيْنِ وَهِيَ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّبُعُ
وإذا لم يَعْلَمْ بِالشَّرِكَةِ فَقَوْلُهُ أَشْرِكْنِي طَلَبُ الشَّرِكَةِ في الْكُلِّ وَالْإِشْرَاكُ في الْكُلِّ أَنْ يَكُونَ نِصْفُهُ له وَالْأَوَّلُ قد اسْتَحَقَّ النِّصْفَ بِالْمُشَارَكَةِ فَيَسْتَحِقُّ الثَّانِي النِّصْفَ الْبَاقِيَ تَحْقِيقًا لِلشَّرِكَةِ الْمُقْتَضِيَةِ لِلْمُسَاوَاةِ
وَلَوْ قال لِرَجُلٍ اشْتَرِ جَارِيَةَ فلان بَيْنِي وَبَيْنَكَ فقال الْمَأْمُورُ نعم ثُمَّ لَقِيَهُ غَيْرُهُ فقال له مِثْلَ ما قال الْأَوَّلُ فقال الْمَأْمُورُ نعم ثُمَّ اشْتَرَى الْجَارِيَةَ فَالْجَارِيَةُ بين الْآمِرَيْنِ وَلَا شَيْءَ منها لِلْمَأْمُورِ لِأَنَّ الْأَوَّلَ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ نِصْفِ الْجَارِيَةِ وَبِقَبُولِ الْوَكَالَةِ الثَّانِيَةِ لَا يَخْرُجُ عن كَوْنِهِ وَكِيلًا لِلْأَوَّلِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إخْرَاجُ نَفْسِهِ عن الْوَكَالَةِ من غَيْرِ مَحْضَرٍ من الْمُوَكِّلِ فَبَقِيَ وَكِيلًا له بِشِرَاءِ النِّصْفِ فإذا قَبِلَ الْوَكَالَةَ من الثَّانِي صَارَ وَكِيلًا في شِرَاءِ النِّصْفِ الْآخَرِ فإذا اشْتَرَى الْجَارِيَةَ فَقَدْ اشْتَرَاهَا لِمُوَكِّلَيْهِ فَكَانَتْ بَيْنَهُمَا
وَلَوْ لَقِيَهُ ثَالِثٌ فقال له مِثْلَ ما قال الْأَوَّلَانِ فقال نعم ثُمَّ اشْتَرَاهَا كانت الْجَارِيَةُ لِلْأَوَّلَيْنِ وَلَا شَيْءَ لِلثَّالِثِ لِأَنَّهُ قد بَقِيَ وَكِيلًا لِلْأَوَّلَيْنِ إذْ لَا يَمْلِكُ إخْرَاجَ نَفْسِهِ عن وَكَالَتِهِمَا حَالَ غَيْبَتِهِمَا فلم يَصِحَّ قَبُولُهُ الْوَكَالَةَ من الثَّالِثِ
شَرِيكَانِ شَرِكَةَ عِنَانٍ في الرَّقِيقِ أَمَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ عَبْدَ فُلَانٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَأْمُورِ ثُمَّ أَمَرَهُ آخَرُ بِمِثْلِ ذلك فَاشْتَرَاهُ فَالنِّصْفُ لِلْأَجْنَبِيِّ وَالنِّصْفُ لِلشَّرِيكَيْنِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ من الشَّرِيكَيْنِ يَمْلِكُ شِرَاءَ الرَّقِيقِ بِعَقْدِ الشَّرِكَةِ من غَيْرِ أَمْرٍ فَكَانَ الْأَمْرُ سَفَهًا فلم يَصِحَّ وَصَحَّ من الْأَجْنَبِيِّ فَاسْتَحَقَّ النِّصْفَ وَاسْتِحْقَاقُ النِّصْفِ تقضية (((تقتضيه))) الشَّرِكَةُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
هذا إذَا كان المشتري لِوَاحِدٍ فَأَشْرَكَهُ فَإِنْ كان لِاثْنَيْنِ فَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ أَشْرَكَ أَحَدُهُمَا رَجُلًا وَإِمَّا أَنْ أَشْرَكَاهُ جميعا فَإِنْ أَشْرَكَهُ أَحَدُهُمَا فَإِمَّا إن أَشْرَكَهُ في نَصِيبِهِ خَاصَّةً بِأَنْ قال أَشْرَكْتُكَ في نَصِيبِي وَإِمَّا إن أَشْرَكَهُ في نِصْفِهِ بِأَنْ قال أَشْرَكْتُكَ في نِصْفِي وَإِمَّا إن أَشْرَكَهُ مُطْلَقًا بِأَنْ قال أَشْرَكْتُكَ في هذا الْعَبْدِ وَإِمَّا أَنْ أَشْرَكَهُ في نَصِيبِهِ وَنَصِيبِ صَاحِبِهِ وَإِمَّا إن أَشْرَكَهُ في نِصْفِهِ بِأَنْ قال أَشْرَكْتُكَ في نِصْفِ هذا الْعَبْدِ فَإِنْ أَشْرَكَهُ في نَصِيبِهِ خَاصَّةً فَلَهُ النِّصْفُ من نَصِيبِهِ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ الْمُطْلَقَةَ في نَصِيبِهِ تَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ فيه مِثْلَ نَصِيبِهِ لِأَنَّهَا تَقْتَضِي الْمُسَاوَاةَ وَكَذَا لو أَشْرَكَهُ في نِصْفِهِ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ الْمُطْلَقَةَ في نِصْفِهِ تَقْتَضِي الْمُسَاوَاةَ فيه وَإِنْ أَشْرَكَهُ مُطْلَقًا فَإِنْ أَجَازَ شَرِيكُهُ فَلَهُ النِّصْفُ كَامِلًا وَالنِّصْفُ لَهُمَا وَإِنْ لم يُجِزْ فَالرُّبُعُ له لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الشَّرِكَةَ الْمُطْلَقَةَ تَقْتَضِي الْمُسَاوَاةَ فَتَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ وَحْدَهُ مِثْلَ نَصِيبِهِمَا جميعا إلَّا أَنَّهُ إذَا لم يُجِزْ تَعَذَّرَ تَنْفِيذُ الْإِشْرَاكِ في نَصِيبِهِ فَيَنْفُذُ في نَصِيبِ صَاحِبِهِ فَيَكُونُ له الرُّبُعُ وإذا أَجَازَ أَمْكَنَ إجْرَاءُ الشَّرِكَةِ على إطْلَاقِهَا وَهِيَ بِإِطْلَاقِهَا تَقْتَضِي الْمُسَاوَاةَ وَذَلِكَ في أَنْ يَكُونَ له النِّصْفُ وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّبُعُ وَإِنْ أَشْرَكَهُ في نَصِيبِهِ وَنَصِيبِ صَاحِبِهِ فَكَذَلِكَ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ إنْ أَجَازَ صَاحِبُهُ فَلَهُ النِّصْفُ وَالنِّصْفُ الْآخَرُ لَهُمَا وَإِنْ لم يُجِزْ فَلَهُ الرُّبُعُ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ في النَّوَادِرِ أَنَّهُ إنْ أَجَازَ كان بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا وَإِنْ أَبَى أَنْ

يُجِيزَ كان له ثُلُثُ ما في يَدِ الذي أَشْرَكَهُ وهو سُدُسُ الْكُلِّ
وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ إن إشْرَاكَ أَحَدِهِمَا وَإِجَازَةَ الْآخِرِ بِمَنْزِلَةِ إشْرَاكِهِمَا مَعًا لِأَنَّ الْإِجَازَةَ تَسْتَنِدُ إلَى حَالِ الْعَقْدِ فَكَأَنَّهُمَا أَشْرَكَاهُ مَعًا
وَلِأَنَّ الْإِجَازَةَ اللَّاحِقَةَ بِمَنْزِلَةِ الْوَكَالَةِ السَّابِقَةِ فَصَارَ كَأَنَّ الْعَاقِدَ أَشْرَكَ بِوَكَالَةِ صَاحِبِهِ
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الْإِشْرَاكَ وَالْإِجَازَةَ تَثْبُتُ على التَّعَاقُبِ لِوُجُودِ الْإِشْرَاكِ وَالْإِجَازَةِ على التَّعَاقُبِ وَالْحُكْمُ يَثْبُتُ على وَفْقِ الْعِلَّةِ فَصَارَ كما لو أَشْرَكَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على التَّعَاقُبِ
قَوْلُهُ الْإِجَازَةُ تَسْتَنِدُ إلَى حَالَةِ الْعَقْدِ
قُلْنَا نعم لَكِنَّ الثَّابِتَ بِطَرِيقِ الِاسْتِنَادِ يَثْبُتُ لِلْحَالِ ثُمَّ يَسْتَنِدُ فَكَانَ حُكْمُ الْإِجَازَةِ مُتَأَخِّرًا عن حُكْمِ الْإِشْرَاكِ ثُبُوتًا وَإِنْ أَشْرَكَهُ في نِصْفِ الْعَبْدِ فَأَجَازَ شَرِيكُهُ فَلَهُ نِصْفُ ما في يَدِ هذا وَنِصْفُ ما في يَدِ الْآخَرِ وَإِنْ لم يُجِزْ فَلَهُ نِصْفُ ما في يَد الذي أَشْرَكَهُ لِمَا قُلْنَا
هذا إذَا أَشْرَكَهُ أَحَدُهُمَا فَأَمَّا إذَا أَشْرَكَاهُ جميعا فَلَا يَخْلُو إمَّا إن أَشْرَكَاهُ مَعًا وَإِمَّا إن أَشْرَكَاهُ على التَّعَاقُبِ فَإِنْ أَشْرَكَاهُ مَعًا فَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ له النِّصْفُ كَامِلًا وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّبُعُ وفي الِاسْتِحْسَانِ يَكُونُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا وَإِنْ أَشْرَكَاهُ على التَّعَاقُبِ مُطْلَقًا ولم يُبَيِّنَا قَدْرَ الشَّرِكَةِ أو أَشْرَكَاهُ في نَصِيبِهِمَا بِأَنْ قال كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَشْرَكْتُكَ في نَصِيبِي ولم يُبَيِّنْ في كَمْ أَشْرَكَهُ كان له النِّصْفُ وَلِلْأَوَّلَيْنِ النِّصْفُ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّهُ لَمَّا أَشْرَكَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَقَدْ اسْتَحَقَّ نِصْفَ نَصِيبِهِ فَكَانَ النِّصْفُ له وَالنِّصْفُ لَهُمَا جميعا كما لو أَشْرَكَاهُ على التَّعَاقُبِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ وهو الْفَرْقُ بين حَالَةِ الِاجْتِمَاعِ وَالِافْتِرَاقِ إن الْإِشْرَاكَ الْمُطْلَقَ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا إيَّاهُ في زَمَانٍ وَاحِدٍ يَقْتَضِي الْمُسَاوَاةَ في

(5/227)

أَنْصِبَاءِ الْكُلِّ وهو أَنْ يَكُونَ نَصِيبُ كل وَاحِدٍ منهم مِثْلَ نَصِيبِ الْآخَرِ في أَنْ يَكُونَ المشتري بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا بِخِلَافِ الْإِشْرَاكِ على التَّعَاقُبِ لِأَنَّ الْإِشْرَاكَ من أَحَدِهِمَا مُطْلَقًا في زَمَانٍ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ مِثْلَ نَصِيبِهِ وَكَذَلِكَ الْإِشْرَاكُ الْآخَرُ في الزَّمَانِ الثَّانِي فَيَجْتَمِعُ له رُبُعَانِ وهو النِّصْفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّبُعُ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الْمُوَاضَعَةُ فَهِيَ بَيْعٌ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ مع نُقْصَانِ شَيْءٍ مَعْلُومٍ منه وَيُعْتَبَرُ لها من الشَّرَائِطِ وَالْأَحْكَامِ ما يُعْتَبَرُ لِلْمُرَابَحَةِ وقد ذَكَرْنَا ذلك كُلَّهُ
وَالْأَصْلُ في مَعْرِفَةِ مِقْدَارِ الثَّمَنِ في الْمُوَاضَعَةِ أَنْ يُضَمَّ قَدْرُ الْوَضِيعَةِ إلَى رَأْسِ الْمَالِ ثُمَّ يُطْرَحُ منه فما بَقِيَ بَعْدَ الطَّرْحِ فَهُوَ الثَّمَنُ
مِثَالُهُ إذَا قال اشْتَرَيْتُ هذا بِعَشَرَةٍ وَبِعْتُكَ بوضيعه دَهٍ يا زده فإذا أَرَدْتَ أَنْ تَعْرِفَ الثَّمَنَ أَنَّهُ كَمْ هو فَسَبِيلُكَ أَنْ تَجْعَلَ كُلَّ دِرْهَمٍ من الْعَشَرَةِ التي هِيَ رَأْسُ الْمَالِ أَحَدَ عَشَرَ جُزْءًا فَيَكُونُ الْكُلُّ أَحَدَ عَشَرَ اطْرَحْ منها (((منهما))) دِرْهَمًا يَكُونُ الثَّمَنُ تِسْعَةَ دَرَاهِمَ وَجُزْءًا من أَحَدَ عَشَرَ جزء من دِرْهَمٍ وَعَلَى هذا الْقِيَاسِ تَجْرِي مَسَائِلُ الْمُوَاضَعَةِ وَاَللَّهُ الْمُوفَقُ لِلصَّوَابِ
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ لُزُومِ الْبَيْعِ بَعْدَ انْعِقَادِهِ وَنَفَاذِهِ وَصِحَّتِهِ فَوَاحِدٌ وهو أَنْ

يَكُونَ خَالِيًا عن خِيَارَاتٍ أَرْبَعَةٍ خِيَارِ التَّعْيِينِ وَخِيَارِ الشَّرْطِ وَخِيَارِ الْعَيْبِ وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ فَلَا يَلْزَمُ مع أَحَدِ هذه الْخِيَارَاتِ وَهَذَا عِنْدَنَا وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ افْتِرَاقُ الْعَاقِدَيْنِ مع الْخُلُوِّ عن الْخِيَارَيْنِ وهو خِيَارُ الشَّرْطِ وَخِيَارُ الْعَيْبِ شَرْطٌ أَيْضًا

وَلَقَبُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ خِيَارَ الْمَجْلِسِ ليس بِثَابِتٍ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ ثَابِتٌ

احْتَجَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ ما لم يَفْتَرِقَا وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ وَلِأَنَّ الْإِنْسَانَ قد يَبِيعُ شيئا وَيَشْتَرِي شيئا ثُمَّ يَبْدُو له فَيَنْدَمُ فَيَحْتَاجُ إلَى التَّدَارُكِ بِالْفَسْخِ

فَكَانَ ثُبُوتُ الْخِيَارِ في الْمَجْلِسِ من بَابِ النَّظَرِ لِلْمُتَعَاقِدَيْنِ

وَلَنَا ظَاهِرُ قَوْلِهِ عز وجل { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عن تَرَاضٍ مِنْكُمْ } أَبَاحَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْأَكْلَ بِالتِّجَارَةِ عن تَرَاضٍ مُطْلَقًا عن قَيْدِ التَّفَرُّقِ عن مَكَانِ الْعَقْدِ

وَعِنْدَهُ إذَا فَسَخَ أَحَدُهُمَا الْعَقْدَ في الْمَجْلِسِ لَا يُبَاحُ الْأَكْلُ فَكَانَ ظَاهِرُ النَّصِّ حُجَّةً عليه

وَلِأَنَّ الْبَيْعَ من الْعَاقِدَيْنِ صَدَرَ مُطْلَقًا عن شَرْطٍ وَالْعَقْدُ الْمُطْلَقُ يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْمِلْكِ في الْعِوَضَيْنِ في الْحَالِ فَالْفَسْخُ من أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ يَكُونُ تَصَرُّفًا في الْعَقْدِ الثَّابِتِ بِتَرَاضِيهِمَا أو في حُكْمِهِ بِالرَّفْعِ وَالْإِبْطَالِ من غَيْرِ رِضَا الْآخَرِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَلِهَذَا لم يَنْفَرِدْ أَحَدُهُمَا بِالْفَسْخِ وَالْإِقَالَةِ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ كَذَا هذا

وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَإِنْ ثَبَتَ مع كَوْنِهِ في حَدِّ الْآحَادِ مُخَالِفًا لِظَاهِرِ الْكِتَابِ فَالْخِيَارُ الْمَذْكُورُ فيه مَحْمُولٌ على خِيَارِ الرُّجُوعِ وَالْقَبُولِ ما دَامَا في التَّبَايُعِ وهو أَنَّ الْبَائِعَ إذَا قال لِغَيْرِهِ بِعْتُ مِنْكَ كَذَا فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ ما لم يَقُلْ الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتُ وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ لَا يَقْبَلَ أَيْضًا وإذا قال الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتُ مِنْكَ بِكَذَا كان له أَنْ يَرْجِعَ ما لم يَقُلْ الْبَائِعُ بِعْتُ وَلِلْبَائِعِ أَنْ لَا يَقْبَلَ أَيْضًا وَهَذَا النَّوْعُ من التَّأْوِيلِ لِلْخَبَرِ نَقَلَهُ مُحَمَّدٌ في الْمُوَطَّأِ عن إبْرَاهِيمَ النَّخَعِيّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وأنه مُوَافِقٌ لِرِوَايَةِ أبي حَنِيفَةَ لِمَا رُوِيَ عن ابْنِ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ ما لم يَتَفَرَّقَا عن بَيْعِهِمَا حَمَلْنَاهُ على هذا تَوْفِيقًا بين الدَّلَائِلِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَاَللَّهُ تَعَالَى جَلَّ شَأْنُهُ أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يُكْرَهُ من الْبِيَاعَاتِ وما يَتَّصِلُ بها فَأَمَّا الْبِيَاعَاتُ الْمَكْرُوهَةُ فَمِنْهَا التَّفْرِيقُ بين الرفيق (((الرقيق))) في الْبَيْعِ

وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا تُولَهُ وَالِدَةٌ عن وَلَدِهَا وَالتَّفَرُّقُ بَيْنَهُمَا تَوْلِيهٌ فَكَانَ مَنْهِيًّا

وَرُوِيَ أَنَّ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَأَى امْرَأَةً وَالِهَةً في السَّبْيِ فَسَأَلَ عن شَأْنِهَا فَقِيلَ قد بِيعَ وَلَدُهَا فَأَمَرَ بِالرَّدِّ

وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من فَرَّقَ بين وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يوم الْقِيَامَةِ وَهَذَا خَرَجَ مَخْرَجَ الْوَعِيدِ

وَرُوِيَ أَنَّهُ قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا يَجْتَمِعُ عليهم السَّبْيُ وَالتَّفْرِيقُ حتى يَبْلُغَ الْغُلَامُ وَتَحِيضَ الْجَارِيَةُ وَنَهَى عن التَّفْرِيقِ في الصِّغَرِ

وَرُوِيَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَهَبَ من سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه غُلَامَيْنِ صَغِيرَيْنِ فَبَاعَ أَحَدَهُمَا فَسَأَلَ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم عنهما فقال بِعْتُ أَحَدَهُمَا فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِعْهُمَا أو رُدَّ وَالْأَمْرُ بِالْجَمْعِ بَيْنَهُمَا في الْبَيْعِ أو رَدِّ الْبَيْعِ فِيهِمَا دَلِيلٌ على كَرَاهَةِ التَّفْرِيقِ وَلِأَنَّ التَّفْرِيقَ بين الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ نَوْعُ إضْرَارٍ بِهِمَا لِأَنَّ الصَّغِيرَ يَنْتَفِعُ بشفقة (((بشفعة))) الْكَبِيرِ وَيَسْكُنُ إلَيْهِ وَالْكَبِيرُ يَسْتَأْنِسُ بِالصَّغِيرِ وَذَا يَفُوتُ

بِالتَّفْرِيقِ فَيَلْحَقُهُمَا الْوَحْشَةُ فَكَانَ التَّفْرِيقُ إضْرَارًا بِهِمَا بِإِلْحَاقِ الْوَحْشَةِ وَكَذَا بين الصَّغِيرَيْنِ لِأَنَّهُمَا يَأْتَلِفَانِ وَيَسْكُنُ قَلْبُ أَحَدِهِمَا بِصَاحِبِهِ فَكَانَ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا إيحَاشًا بِهِمَا فَكُرِهَ وَلِأَنَّ الصِّبَا من أَسْبَابِ الرَّحْمَةِ
قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من لم يَرْحَمْ صَغِيرَنَا ولم يُوَقِّرْ كَبِيرَنَا فَلَيْسَ مِنَّا وفي التَّفْرِيقِ تَرْكُ الرَّحْمَةِ فَكَانَ مَكْرُوهًا
ثُمَّ الْكَلَامُ في كَرَاهَةِ التَّفْرِيقِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ شَرَائِطِ الْكَرَاهَةِ وفي بَيَانِ ما يَحْصُلُ بِهِ التَّفْرِيقُ وفي بَيَانِ صِفَةِ ما يَحْصُلُ بِهِ التَّفْرِيقُ أَنَّهُ جَائِزٌ أَمْ لَا
أَمَّا شَرَائِطُ الْكَرَاهَةِ فَمِنْهَا صِغَرُ أَحَدِهِمَا وهو أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا صَغِيرًا أو يَكُونَا صَغِيرَيْنِ فَإِنْ كَانَا كَبِيرَيْنِ لَا يُكْرَهُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا لِمَا رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لَا يَجْتَمِعُ عليهم السَّبْيُ وَالتَّفْرِيقُ حتى يَبْلُغَ الْغُلَامُ وَتَحِيضَ الْجَارِيَةُ
مَدَّ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ النَّهْيَ عن التَّفْرِيقِ إلَى غَايَةِ الْبُلُوغِ فَدَلَّ على اخْتِصَاصِ الْكَرَاهَةِ بِحَالَةِ الصِّغَرِ وَزَوَالِهَا بَعْدَ الْبُلُوغِ وَلِأَنَّ الْكَرَاهَةَ مَعْلُولَةٌ بِالْإِضْرَارِ بِزَوَالِ الِاسْتِئْنَاسِ وَالشَّفَقَةِ وَتَرْكِ الرَّحِمِ
وَكُلُّ ذلك يَخْتَصُّ بِحَالَةِ الصِّغَرِ
وَمِنْهَا الرَّحِمُ وهو الْقَرَابَةُ فَإِنْ كَانَا أَجْنَبِيَّيْنِ لم يُكْرَهْ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا
وَمِنْهَا الْمَحْرَمِيَّةُ وهو أَنْ يَكُونَا ذَوِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ بِأَنْ كان بَيْنَهُمَا قَرَابَةٌ مُحَرِّمَةٌ لِلنِّكَاحِ فَلَا يُكْرَهُ التَّفْرِيقُ بين إبني الْعَمِّ وَنَحْوِ ذلك لِأَنَّ الْقُرْبَةَ الْمُحَرِّمَةَ لِلنِّكَاحِ مُحَرِّمَةٌ الْقَطْعَ مُفْتَرِضَةٌ الْوَصْلَ فَكَانَتْ مَنْشَأَ الشَّفَقَةِ والإنس بِخِلَافِ سَائِرِ الْقَرَابَاتِ وَكَذَا الْمَحْرَمِيَّةُ بِدُونِ الرَّحِمِ لَا تُحَرِّمُ التَّفْرِيقَ كَحُرْمَةِ الرَّضَاعِ وَالْمُصَاهَرَةِ لِانْعِدَامِ مَعْنَى الشَّفَقَةِ والإنس لِعَدَمِ دَلِيلِهِمَا وهو الْقَرَابَةُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَالِكُهُمَا واحد (((واحدا))) بِأَيِّ سَبَبٍ مَلَكَهُمَا بِشِرَاءٍ أو هِبَةٍ أو مِيرَاثٍ أو صَدَقَةٍ أو وَصِيَّةٍ
حتى لو كان أَحَدُهُمَا في مِلْكِهِ وَالْآخَرُ في مِلْكِ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَبِيعَ أَحَدَهُمَا دُونَ الْآخَرِ
وَكَذَا لو كان له وَلَدَانِ صَغِيرَانِ أَحَدُ الْمَمْلُوكَيْنِ في مِلْكِ أَحَدِهِمَا وَالْآخَرُ في مِلْكِ الْآخَرِ لَا بَأْسَ لِلْأَبِ أَنْ يَبِيعَ أَحَدَهُمَا لِأَنَّ الْكَرَاهَةَ في التَّفْرِيقِ أَنْ يَكُونَا في مِلْكِ وَاحِدٍ وَإِنْ لم يَجْمَعْهُمَا مِلْكُ مَالِكٍ وَاحِدٍ لَا يَقَعُ الْبَيْعُ تَفْرِيقًا لِأَنَّهُمَا كَانَا مُتَفَرِّقَيْنِ قبل الْبَيْعِ
وَكَذَا إذَا كان أَحَدُهُمَا في مِلْكِهِ وَالْآخَرُ في مِلْكِ مُكَاتَبِهِ لِأَنَّهُمَا لم يَجْتَمِعَا في مِلْكِ شَخْصٍ وَاحِدٍ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ فِيمَا يَرْجِعُ إلَى الْكَسْبِ مُلْحَقٌ بِالْأَحْرَارِ فَاخْتَلَفَ الْمَالِكُ
وَإِنْ كان أَحَدُهُمَا في مِلْكِهِ وَالْآخَرُ في مِلْكِ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ
فَإِنْ كان عليه دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ فَلَا بَأْسَ لِلْمَوْلَى أَنْ يَبِيعَ الْعَبْدَ الذي عِنْدَهُ
فَأَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ كَسْبَ الْمَأْذُونِ الْمَدْيُونِ فلم يُوجَدْ بِالِاجْتِمَاعِ في مِلْكِ مَالِكٍ وَاحِدٍ وَعِنْدَهُمَا
وَإِنْ كان يَمْلِكُهُ لَكِنَّهُ مِلْكٌ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغُرَمَاءِ فَكَانَ كَالْأَجْنَبِيِّ عنه فلم يُوجَدْ الِاجْتِمَاعُ مَعْنًى
وَإِنْ لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ يُكْرَهُ لِلْمَوْلَى أَنْ يَبِيعَ أَحَدَهُمَا لِوُجُودِ الِاجْتِمَاعِ في مِلْكِ شَخْصٍ وَاحِدٍ

وَلَوْ كان أَحَدُهُمَا في مِلْكِهِ وَالْآخَرُ في مِلْكِ مُضَارِبِهِ فَلَا بَأْسَ بِالتَّفْرِيقِ لِأَنَّ مَالَ الْمُضَارِبِ وَإِنْ لم يَكُنْ مِلْكَ الْمُضَارِبِ لَكِنْ له حَقٌّ قَوِيٌّ فيه حتى جَازَ بَيْعُ الْمُضَارِبِ من رب (((رأس))) الْمَالِ وَبَيْعُ رب (((رأس))) الْمَالِ من الْمُضَارِبِ اسْتِحْسَانًا فَكَانَ رب (((رأس))) الْمَالِ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ فلم يُوجَدْ الِاجْتِمَاعُ في مِلْكِ رَجُلٍ وَاحِدٍ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ ما إذَا بَاعَ جَارِيَةً كَبِيرَةً على أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فيها ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ثُمَّ مَلَكَ وَلَدَهَا الصَّغِيرَ في مُدَّةِ الْخِيَارِ إنه يُكْرَهُ إيجَابُ الْبَيْعِ في الْجَارِيَةِ بِالْإِجَازَةِ أو بِالتَّرْكِ حتى تَمْضِيَ الْمُدَّةُ بَلْ يُفْسَخُ الْبَيْعُ حتى لَا يَحْصُلَ التَّفْرِيقُ لِأَنَّ خِيَارَ الْبَائِعِ يَمْنَعُ زَوَالَ السِّلْعَةِ عن مِلْكِهِ فَكَانَتْ الْجَارِيَةُ على مِلْكِهِ فإذا مَلَكَ وَلَدَهَا الصَّغِيرَ فَقَدْ اجْتَمَعَا في مِلْكِ شَخْصٍ وَاحِدٍ فَكَانَتْ الْإِجَازَةُ تَفْرِيقًا فَيُكْرَهُ
وَلَوْ بَاعَ الْجَارِيَةَ على أَنَّ الْمُشْتَرِيَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ثُمَّ مَلَكَ الْبَائِعُ وَلَدَهَا الصَّغِيرَ في الْمُدَّةِ فَلَا بَأْسَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يُجِيزَ الْبَيْعَ أو يَفْسَخَ لِأَنَّ الْجَارِيَةَ خَرَجَتْ عن مِلْكِ الْبَائِعِ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ خِيَارَ الْمُشْتَرِي لَا يَمْنَعُ خُرُوجَ السِّلْعَةِ عن مِلْكِ الْبَائِعِ بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا وَإِنَّمَا الْخِلَافُ في دُخُولِهَا في مِلْكِ الْمُشْتَرِي فلم يَجْتَمِعْ الْمَمْلُوكَانِ في مِلْكِ شَخْصٍ وَاحِدٍ فلم تَكُنْ الْإِجَازَةُ تَفْرِيقًا
وَلَوْ كان الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي وَلَهَا ابْنٌ عِنْدَ الْمُشْتَرِي لَا تُكْرَهُ الْإِجَازَةُ بِلَا إشْكَالٍ لِأَنَّ الْإِجَازَةَ لَا تَكُونُ تَفْرِيقًا بَلْ تَكُونُ جَمْعًا
وَأَمَّا الفسح (((الفسخ))) فَكَذَلِكَ لَا يُكْرَهُ أَيْضًا
أَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلَا يُشْكِلُ أَيْضًا لِأَنَّ الْجَارِيَةَ لم تَدْخُلْ في مِلْكِ الْمُشْتَرِي لِأَنَّ خِيَارَ الْمُشْتَرِي يَمْنَعُ دُخُولَ السِّلْعَةِ في مِلْكِهِ على أَصْلِهِ فلم يَقَعْ الْفَسْخُ تَفْرِيقًا لِانْعِدَامِ الِاجْتِمَاعِ في مِلْكِهِ
وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَالْجَارِيَةُ وَإِنْ دَخَلَتْ في مِلْكِهِ لَكِنَّ الْفَسْخَ حَقُّهُ فَالْإِجْبَارُ

على الْإِجَازَةِ إبْطَالٌ لِحَقِّهِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ فَكَانَ له أَنْ يَفْسَخَ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ يملكها (((يملكهما))) على الْكَمَالِ فَإِنْ مَلَكَ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا شِقْصًا منه لم يُكْرَهْ أَنْ يَبِيعَ نَصِيبَهُ من أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ لِأَنَّ الْبَيْعَ هَهُنَا لَا يَقَعُ تَفْرِيقًا مُطْلَقًا لِحُصُولِ التَّفْرِيقِ قَبْلَهُ من وَجْهٍ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ النَّهْيِ عن التَّفْرِيقِ على الاطلاق
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَحَلًّا لِلْبَيْعِ عِنْدَ الْبَيْعِ فَإِنْ خَرَجَ أَحَدُهُمَا عن مَحَلِّيَّةِ الْبَيْعِ بِالتَّدْبِيرِ أو الِاسْتِيلَادِ فَلَا بَأْسَ من بَيْعِ الْآخَرِ وَإِنْ كان فيه تَفْرِيقٌ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عليه بَيْعُهُمَا جميعا فَلَوْ مُنِعَ عن بَيْعِ الْآخَرِ لَتَضَرَّرَ بِهِ الْمَالِكُ وَكَرَاهَةُ التَّفْرِيقِ شَرْعًا لِدَفْعِ ضَرَرٍ زَائِدٍ فَلَا يَجُوزُ دَفْعُهُ بِإِلْحَاقِ ضَرَرٍ فَوْقَهُ بِالْمَالِكِ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَتَعَلَّقَ بِأَحَدِهِمَا حَقٌّ فَإِنْ تَعَلَّقَ بِأَنْ لَحِقَ أَحَدَهُمَا دَيْنٌ بِأَنْ اسْتَهْلَكَ مَالَ إنْسَانٍ أو جَنَى جِنَايَةً على بَنِي آدَمَ أو اشْتَرَاهُمَا رَجُلٌ فَوَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا لم يُكْرَهْ التَّفْرِيقُ بَلْ يُبَاعُ بِالدَّيْنِ وَيُدْفَعُ بِالْجِنَايَةِ وَيُرَدُّ بِالْعَيْبِ لِأَنَّ في الْمَنْعِ من التَّفْرِيقِ دَفْعَ ضَرَرٍ زَائِدٍ بِضَرَرٍ أَقْوَى منه وهو إبْطَالُ الْحَقِّ وَهَذَا لَا يَجُوزُ
وَرُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إنه إذَا جَنَى أَحَدُهُمَا يُسْتَحَبُّ لِلْمَالِكِ أَنْ يَفْدِيَ لِمَا فيه من مُرَاعَاةِ الْحَقَّيْنِ وَدَفْعِ الضَّرَرِ من الْجَانِبَيْنِ وَأَنَّهُ حَسَنٌ عَقْلًا وَشَرْعًا
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ إذَا اشْتَرَاهُمَا رَجُلٌ فَوَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا يَرُدُّهُمَا

جميعا أو يُمْسِكُهُمَا وَلَيْسَ له أَنْ يَرُدَّ الْمَعِيبَ خَاصَّةً لِأَنَّ رَدَّهُ خَاصَّةً تَفْرِيقٌ وإنه إضْرَارٌ فَصَارَ كما إذَا اشْتَرَى مِصْرَاعَيْ بَابٍ أو زَوْجَيْ خُفٍّ أو فعل (((نعل))) ثُمَّ وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا إنه ليس له أَنْ يَرُدَّ الْمَعِيبَ خَاصَّةً لِكَوْنِهِ إضْرَارًا بِالْبَائِعِ خَاصَّةً
كَذَا هذا
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَالِكُهُمَا مُسْلِمًا فَإِنْ كان كَافِرًا لَا يُكْرَهُ التَّفْرِيقُ وَسَوَاءٌ كان الْمَالِكُ حُرًّا أو مُكَاتَبًا أو مَأْذُونًا
عليه دَيْنٌ أو لَا دَيْنَ عليه صَغِيرًا أو كَبِيرًا وَسَوَاءٌ كان الْمَمْلُوكَانِ مُسْلِمَيْنِ أو كَافِرَيْنِ
أو أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا وَالْآخَرُ كَافِرًا لِأَنَّ ما ذَكَرْنَا من الدَّلَائِلِ الْمُوجِبَةِ لِكَرَاهَةِ التَّفْرِيقِ من النُّصُوصِ وَالْمَعْقُولِ لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ
وَلَوْ دخل حَرْبِيٌّ دَارَ الْإِسْلَامِ بِأَمَانٍ وَمَعَهُ عَبْدَانِ صَغِيرَانِ أو أَحَدُهُمَا صغيرا (((صغير))) وَالْآخَرُ كَبِيرٌ وَهُمَا ذَوَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ أو اشْتَرَاهُمَا في دَارِ الْإِسْلَامِ من صَاحِبِهِ الذي دخل معه بِأَمَانٍ فَأَرَادَ أَنْ يَبِيعَ أَحَدَهُمَا فَلَا بَأْسَ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يَشْتَرِيَهُ وَلَوْ اشْتَرَاهُمَا من مُسْلِمٍ في دَارِ الْإِسْلَامِ أو ذِمِّيٍّ أو حَرْبِيٍّ دخل بِأَمَانٍ من وِلَايَةٍ أُخْرَى لَا من وِلَايَتِهِ يُكْرَهُ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يَشْتَرِيَ أَحَدَهُمَا
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الضَّرُورَةَ دَفَعَتْ الْكَرَاهَةَ في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ لو لم يشتري (((يشتر))) لَأَدْخَلَهُمَا في دَارِ الْحَرْبِ فَيَصِيرُ عَوْنًا لهم على الْمُسْلِمِينَ
وَهَذِهِ الضَّرُورَةُ تَنْعَدِمُ في هذا الْفَصْلِ لِأَنَّهُ يُجْبَرُ على بَيْعِهِمَا وَلَا يُمَكَّنُ من إلْحَاقِهِمَا بِدَارِ الْحَرْبِ فلم تَتَحَقَّقْ الضَّرُورَةُ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَرْضَيَا بِالتَّفْرِيقِ فَإِنْ رَضِيَا لَا يُكْرَهُ بِأَنْ كان الصَّبِيُّ مُرَاهِقًا وَرَضِيَ بِالْبَيْعِ وَرَضِيَتْ أُمُّهُ فَبِيعَ بِرِضَاهُمَا لِأَنَّ كَرَاهَةَ التَّفْرِيقِ لِمَكَانِ الضَّرَرِ فإذا رَضِيَا بِهِ عُلِمَ أَنَّهُ لَا ضَرَرَ فَلَا يُكْرَهُ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
هذا إذَا اجْتَمَعَ مع الصَّغِيرِ في مِلْكِ شَخْصٍ وَاحِدٍ قَرِيبٌ وَاحِدٌ هو ذُو رَحِمٍ مُحَرَّمٍ منه فَأَمَّا إذَا كان معه عَدَدٌ من الْأَقَارِبِ كُلُّ وَاحِدٍ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الصَّغِيرِ فَلَا يَخْلُو إمَّا إن كَانَا أَبَوَيْنِ أو غَيْرَهُمَا من ذَوِي الْأَرْحَامِ فَإِنْ كَانَا أَبَوَيْنِ يُكْرَهُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَدِهِمَا بِلَا خِلَافٍ وَإِنْ كَانَا مِمَّنْ سِوَاهُمَا من ذَوِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ فأما إن كان أَحَدُهُمَا أَقْرَبَ من الصَّغِيرِ وَالْآخَرُ أَبْعَدَ منه وَإِمَّا إن كَانَا في الْقُرْبِ منه على السَّوَاءِ فَإِنْ كان أَحَدُهُمَا أَقْرَبَ لَا بَأْسَ بِالتَّفْرِيقِ بين الصَّغِيرِ وَبَيْنَ الْأَبْعَدِ مِنْهُمَا لِأَنَّ شَفَقَةَ الْأَقْرَبِ تُغْنِي عن شَفَقَةِ الْأَبْعَدِ فلم يَكُنْ التَّفْرِيقُ إضْرَارًا بِالصَّغِيرِ سَوَاءٌ اتَّفَقَتْ قَرَابَةُ الْكَبِيرَيْنِ كَالْأَبِ مع الْجَدِّ وَالْأُمِّ مع الْجَدَّةِ أو الْخَالَةِ أو الْخَالِ أو اخْتَلَفَتْ كَالْأُمِّ مع الْعَمَّةِ أو الْعَمِّ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ يُكْرَهُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَدِهِمَا كَيْفَ ما كان لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا له شَفَقَةٌ على الصَّغِيرِ وَتَزُولُ بِالتَّفْرِيقِ وَإِنْ كان الْكَبِيرَانِ في الْقُرْبِ من الصَّغِيرِ شَرْعًا سَوَاءً يُنْظَرُ إنْ اتَّفَقَتْ جِهَةُ قَرَابَتِهِمَا كَالْعَمَّتَيْنِ وَالْخَالَتَيْنِ والآخرين (((والأخوين))) لِأَبٍ وَأُمٍّ أو لِأَبٍ أو لأم فَالْقِيَاسُ أَنْ يُكْرَهَ التَّفْرِيقُ بين الصَّغِيرَيْنِ وَبَيْنَ أَحَدِهِمَا وَكَذَا رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ وفي الِاسْتِحْسَانِ لَا يُكْرَهُ إذَا بَقِيَ مع الصَّغِيرِ قَرِيبٌ وَاحِدٌ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَفَقَةٌ على حِدَةٍ على الصَّغِيرِ فَلَا تَقُومُ شَفَقَةُ أَحَدِهِمَا مَقَامَ الْآخَرِ وَكَذَا قد يَخْتَصُّ أَحَدُهُمَا بِزِيَادَةِ شَفَقَةٍ لَيْسَتْ في الْآخَرِ فَكَانَ التَّفْرِيقُ إضْرَارًا بِتَفْوِيتِ شَفَقَتِهِ من حَيْثُ الْأَصْلِ أو من حَيْثُ الْقَدْرِ فَيُكْرَهُ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ كَرَاهَةَ التَّفْرِيقِ لِلْإِضْرَارِ بِالصَّغِيرِ بِتَفْوِيتِ النَّظَرِ وَعِنْدَ اتِّحَادِ جِهَةِ الْقَرَابَةِ وَالتَّسَاوِي في الْقُرْبِ من الصَّغِيرِ كان مَعْنَى

النَّظَرِ حَاصِلًا بِبَقَاءِ أَحَدِهِمَا بِخِلَافِ ما إذَا اخْتَلَفَتْ الْجِهَةُ لِأَنَّ عِنْدَ اخْتِلَافِ جِهَةِ الْقَرَابَةِ تَخْتَلِفُ الشَّفَقَةُ فَيَحْصُلُ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا ما لَا يَحْصُلُ بِالْآخَرِ فَكَانَ التَّفْرِيقُ إضْرَارًا.وَكَذَلِكَ لو مَلَكَ سِتَّةَ أخوة أو سِتَّةَ أَخَوَاتٍ ثَلَاثَةٌ منهم كِبَارٌ وَثَلَاثَةٌ صِغَارٌ لَا بَأسَ بِبَيْعِ كل صَغِيرٍ مع كل كَبِيرٍ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ كان مع الصَّغِيرِ أَبَوَانِ حُكْمًا بِأَنْ ادَّعَيَاهُ حتى ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُمَا ثُمَّ اجْتَمَعُوا في مِلْكِ شَخْصٍ وَاحِدٍ فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يُكْرَهَ بَيْعُ أَحَدِهِمَا لِاتِّحَادِ جِهَةِ الْقَرَابَةِ وَهِيَ قَرَابَةُ الْأُبُوَّةِ كَالْعَمَّيْنِ وَالْخَالَيْنِ وَنَحْوِ ذلك
وفي الِاسْتِحْسَانِ يُكْرَهُ لِأَنَّ أَبَاهُ أَحَدُهُمَا حَقِيقَةً فَكَانَ الثَّابِتُ قَرَابَةَ أَحَدِهِمَا حَقِيقَةً إلَّا أَنَّا حَكَمْنَا بِثَبَاتِ نَسَبِهِ مِنْهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا في الدَّعْوَةِ وَلَكِنَّ الْأَبَ في الْحَقِيقَةِ أَحَدُهُمَا فَلَوْ بَاعَ أَحَدَهُمَا لَاحْتُمِلَ أَنَّهُ بَاعَ الْأَبَ فَيَتَحَقَّقُ التَّفْرِيقُ بِخِلَافِ ماإذا كان لِلصَّغِيرِ أَبٌ وَأُمٌّ حَيْثُ يُكْرَهُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا لِأَنَّ قَرَابَةَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَحَقِّقَةٌ فَكَانَ الْبَيْعُ تَفْرِيقًا بين الصَّغِيرِ وَبَيْنَ أَحَدِ أَبَوَيْهِ بِيَقِينٍ فَيُكْرَهُ
وَإِنْ اخْتَلَفَتْ جِهَةُ قَرَابَةِ الْكَبِيرَيْنِ كَالْعَمَّةِ مع الْخَالَةِ وَالْعَمِّ مع الْخَالِ وَالْأَخِ لِأَبٍ مع الْأَخِ لِأُمٍّ وما أَشْبَهَ ذلك يُكْرَهُ التَّفْرِيقُ لِأَنَّ من يُدْلِي بِقَرَابَةِ الْأَبِ إلَى الصَّغِيرِ يَقُومُ مَقَامَ الْأَبِ وَالَّذِي يُدْلِي إلَيْهِ بِقَرَابَةِ الْأُمِّ يَقُومُ مَقَامَ الْأُمِّ فَصَارَ كما لو كان مع الصَّغِيرِ أَبًا وَأُمًّا
وَلَوْ كان كَذَلِكَ يُكْرَهُ التَّفْرِيقُ كَذَا هذا امْرَأَةٌ سُبِيَتْ وفي حِجْرِهَا بِنْتٌ صَغِيرَةٌ وَقَعَتَا في سَهْمِ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَالْمَرْأَةُ تَزْعُمُ أنها بنتها (((ابنتها))) يُكْرَهُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا وَإِنْ كان لَا يَثْبُتُ نَسَبُهَا بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهَا في سَائِرِ الْأَحْكَامِ لِأَنَّ الْأَخْبَارَ في كَرَاهَةِ التَّفْرِيقِ وَرَدَتْ في حَقِّ السَّبَايَا وَلَا يَظْهَرُ كَوْنُ الصَّغِيرِ وَلَدَ الْمَسْبِيَّةِ إلَّا بِقَوْلِهَا فَيَدُلُّ على قبولها (((قبول))) قَوْلِهَا في حَقِّ كَرَاهَةِ التَّفْرِيقِ وَلِأَنَّ هذا من بَابِ الدِّيَانَةِ وَقَوْلُ الْمَرْأَةِ الْوَاحِدَةِ في الدِّيَانَاتِ مَقْبُولٌ خُصُوصًا فِيمَا يُسْلَكُ فيه طَرِيقُ الِاحْتِيَاطِ
وَلَوْ كَبِرَتْ الصَّغِيرَةُ في يَدِ السَّابِي وقد كان وطىء الْكَبِيرَةَ ولم يَعْلَمْ من الْمَرْأَةِ الْمَسْبِيَّةِ إرْضَاعَ الصَّغِيرَةِ لَا يَنْبَغِي له أَنْ يَقْرَبَ الْبِنْتَ وَإِنْ لم يَثْبُتْ نَسَبُهَا منها لِدَعْوَتِهَا لِاحْتِمَالِ أنها بِنْتُهَا من النَّسَبِ أو الرَّضَاعِ فَلَا يَقْرَبُهَا احْتِيَاطًا وَلَكِنْ لَا يَمْنَعُ من قُرْبَانِهَا في الْحُكْمِ لِأَنَّ قَوْلَ الْمَرْأَةِ الْوَاحِدَةِ في حُقُوقِ الْعِبَادِ غَيْرُ مَقْبُولٍ وَإِنْ لم تَكُنْ الصَّغِيرَةُ في حِجْرِهَا وَقْتَ السَّبْيِ فَلَا بَأسَ بِالتَّفْرِيقِ وَالْجَمْعِ بَيْنَهُمَا في الْوَطْءِ لِأَنَّهُ إذَا لم تَكُنْ في حِجْرِهَا عِنْدَ السَّبْيِ فَلَا دَلِيلَ على كَوْنِهَا وَلَدًا لها في حَقِّ الْحُكْمِ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا أَصْلًا
وَلَوْ ادَّعَى رَجُلٌ من السَّبَايَا صَغِيرًا أو صَغِيرَةً أَنَّهُ وَلَدُهُ قُبِلَ قَوْلُهُ وَيَثْبُتُ نَسَبُهُ منه سَوَاءٌ كان قبل الْإِحْرَازِ بِدَارِ الْإِسْلَامِ أو بَعْدَهُ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ قبل الْقِسْمَةِ أو قبل الدُّخُولِ في مِلْكٍ خَاصٍّ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ لِأَنَّ دَعْوَى الرَّجُلِ صَحِيحَةٌ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَثْبُتُ نَسَبُهُ منه فَيَظْهَرُ في حَقِّ كَرَاهَةِ التَّفْرِيقِ سَوَاءٌ كان الْوَلَدُ وَقْتَ السَّبْيِ في يَدِهِ أو لم يَكُنْ بِخِلَافِ دَعْوَةِ الْمَرْأَةِ
وَكَذَلِكَ لو ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ أَنَّ الْوَلَدَ مَعَهَا من هذا الرَّجُلِ وهو زَوْجُهَا وَصَدَّقَهَا تَثْبُتُ بَيْنَهُمَا الزَّوْجِيَّةُ بِتَصَادُقِهِمَا وَيَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنْهُمَا وَيُكْرَهُ التَّفْرِيقُ بين الصَّغِيرِ وَبَيْنَ أَحَدِهِمَا لِأَنَّهُ وَلَدُهُمَا بِإِقْرَارِهِمَا
وَلَوْ ادَّعَى وَاحِدٌ من الْغَانِمِينَ وَلَدًا صَغِيرًا من السَّبْيِ أَنَّهُ وَلَدُهُ قبل الْقِسْمَةِ أو الْبَيْعِ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ وَيَكُونُ وَلَدُهُ ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كان معه عَلَامَةُ الْإِسْلَامِ كان

مُسْلِمًا وَلَا يَسْتَرِقُّ وَإِنْ لم يَكُنْ معه عَلَامَةُ الْإِسْلَامِ يَثْبُتُ نَسَبُهُ من المدعي (((الداعي))) وَلَكِنَّهُ يَسْتَرِقُّ لِأَنَّ دَعْوَتَهُ وَإِنْ صَحَّتْ في حَقِّ ثَبَاتِ النَّسَبِ وَاسْتَنَدَتْ إلَى وَقْتِ الْعُلُوقِ لَكِنَّهَا لم تَصِحَّ ولم تَسْتَنِدْ في حَقِّ الِاسْتِرْقَاقِ لِأَنَّ فيه إبْطَالَ حَقِّ الْغَانِمِينَ فَلَا يُصَدَّقُ في إبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ

وَيَجُوزُ أَنْ يُصَدَّقَ الْإِنْسَانُ في إقْرَارِهِ في حَقِّ نَفْسِهِ وَلَا يُصَدَّقُ في حَقِّ غَيْرِهِ إذَا تَضَمَّنَ إبْطَالَ حَقِّ الْغَيْرِ كَمَنْ أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عبد إنْسَانٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ صَحَّ الشِّرَاءُ وَعَتَقَ عليه

وَكَذَا لو اشْتَرَاهُ ثُمَّ أَقَرَّ بِحُرِّيَّتِهِ صَحَّ إقْرَارُهُ في حَقِّهِ حتى يَعْتِقَ عليه وَلَا يَصِحُّ في حَقِّ بَائِعِهِ حتى لم يَكُنْ له أَنْ يَرْجِعَ بِالثَّمَنِ على بَائِعِهِ وَلِهَذَا نَظَائِرُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا ما يَحْصُلُ بِهِ التَّفْرِيقُ فَهُوَ التَّمْلِيكُ بِالْبَيْعِ لِأَنَّهُ تَنْقَطِعُ بِهِ مَنْفَعَةُ الإنس وَالشَّفَقَةِ وَكَذَا الْقِسْمَةُ في الْمِيرَاثِ وَالْغَنَائِمِ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ لَا تَخْلُو عن مَعْنَى التَّمْلِيكِ خُصُوصًا فِيمَا لَا مِثْلَ له فَيَحْصُلُ بها التَّفْرِيقُ فَيُكْرَهُ وَلَا بَأْسَ أَنْ يَعْتِقَ أَحَدَهُمَا أو يُكَاتِبَهُ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ ليس بِتَمْلِيكٍ بَلْ هو إزَالَةُ الْمِلْكِ أو إنْهَاؤُهُ فَلَا يَتَحَقَّقُ بِهِ التَّفْرِيقُ لِأَنَّهُ إذَا أُعْتِقَ يُمْكِنُهُ الِاسْتِئْنَاسُ بِصَاحِبِهِ والاحسان إلَيْهِ فلم يَكُنْ الْإِعْتَاقُ تَفْرِيقًا وَكَذَلِكَ الْكِتَابَةُ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ حُرٌّ يَدًا فَلَا تَنْقَطِعُ بها مَنْفَعَةُ الإنس وَنَحْوُ ذلك فَلَا يَكُونُ تَفْرِيقًا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَلَئِنْ كان تَفْرِيقًا فَيَقَعُ الْإِعْتَاقُ فَوْقَ ضَرَرِ التَّفْرِيقِ فَلَا

يَكُونُ ضَرَرًا مَعْنًى وَلَوْ بَاعَ أَحَدَهُمَا نَسَمَةً لِلْعِتْقِ يُكْرَهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يُكْرَهُ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْوَفَاءَ بِالْوَعْدِ من مَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ فَالظَّاهِرُ من حَالَةِ الْمُشْتَرِي إنْجَازُ ما وَعَدَ فَيَخْرُجُ التَّفْرِيقُ من أَنْ يَكُونَ ضَرَرًا لِأَنَّهُ يُقَابِلُهُ نَفْعٌ أَعْظَمُ منه وهو الْعِتْقُ

وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ أَنَّ الْعِتْقَ ليس بِمَشْرُوطٍ في الْبَيْعِ وَلَوْ كان مَشْرُوطًا لَأَوْجَبَ فَسَادَ الْبَيْعِ فَبَقِيَ قَصْدُ الْإِعْتَاقِ وَتَنْفِيذُ هذا الْقَصْدِ ليس بِلَازِمٍ فَبَقِيَ الْبَيْعُ تَفْرِيقًا فَيُكْرَهُ حتى لو كان قال الْمُشْتَرِي إنْ اشْتَرَيْته فَهُوَ حُرٌّ ثُمَّ اشْتَرَاهُ قالوا لَا يُكْرَهُ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ يَعْتِقُ بَعْدَ الشِّرَاءِ لَا مَحَالَةَ فَيَخْرُجُ الْبَيْعُ من أَنْ يَكُونَ ضَرَرًا

فَصْلٌ وَأَمَّا صِفَةُ الْبَيْعِ الذي يَحْصُلُ بِهِ التَّفْرِيقُ أَنَّهُ جَائِزٌ أَمْ لَا فَقَدْ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فيه فقال أبو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ الْبَيْعُ جَائِزٌ مُفِيدٌ لِلْحُكْمِ بِنَفْسِهِ لَكِنَّهُ مَكْرُوهٌ وَالْبَائِعُ بِالتَّفْرِيقِ آثِمٌ

وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ الْبَيْعُ فَاسِدٌ في الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودِينَ وفي سَائِرِ ذَوِي الْأَرْحَامِ جَائِزٌ

وقال الشَّافِعِيُّ الْبَيْعُ بَاطِلٌ في الْكُلِّ

وَاحْتَجَّ بِمَا رَوَيْنَا من الْأَحَادِيثِ الْوَارِدَةِ لِلنَّهْيِ عن التَّفْرِيقِ وما يَجْرِي مَجْرَى

النَّهْيِ وَالْبَيْعُ تَفْرِيقٌ فَكَانَ منهي (((منهيا))) وَالنَّهْيُ لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِثُبُوتِ الْمِلْكِ كَسَائِرِ الْبِيَاعَاتِ التي وَرَدَ النَّهْيُ عنها على أَصْلِهِ
فَأَبُو يُوسُفَ إنَّمَا خَصَّ الْبَيْعَ في الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودَيْنِ بِالْفَسَادِ لِوُرُودِ الشَّرْعِ بِتَغْلِيظِ الْوَعِيدِ بِالتَّفْرِيقِ فِيهِمْ وهو ما رَوَيْنَا
وَلَهُمَا أَنَّ قَوْله تَعَالَى { وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ } وَنَحْوَهُ من نُصُوصِ الْبَيْعِ يَقْتَضِيَ شَرْعِيَّةَ الْبَيْعِ على الْعُمُومِ وَالْإِطْلَاقِ فَمَنْ ادَّعَى التَّخْصِيصَ أو التَّقْيِيدَ فَعَلَيْهِ الدَّلِيلُ
وَأَمَّا الْأَحَادِيثُ فَهِيَ مَحْمُولَةٌ على النَّهْيِ عن غَيْرِ الْبَيْعِ وهو الْإِضْرَارُ فَلَا يَخْرُجُ الْبَيْعُ عن أَنْ يَكُونَ مَشْرُوعًا كَالنَّهْيِ عن الْبَيْعِ وَقْتَ النِّدَاءِ وَإِنَّمَا حَمَلْنَاهُ على غَيْرِ الْبَيْعِ إمَّا حَمْلًا لِخَبَرِ الْوَاحِدِ على مُوَافَقَةِ الْكِتَابِ الْكَرِيمِ وَإِمَّا لِأَنَّ النَّهْيَ لَا يَرِدُ عَمَّا عُرِفَ حُسْنُهُ عَقْلًا على ما عُرِفَ
وَمِنْهَا الْبَيْعُ وَقْتَ النِّدَاءِ وهو أَذَانُ الْجُمُعَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى { يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ من يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ } أَمَرَ بِتَرْكِ الْبَيْعِ عِنْدَ النِّدَاءِ نَهْيًا عن الْبَيْعِ لَكِنْ لِغَيْرِهِ وهو تَرْكُ السَّعْيِ فَكَانَ الْبَيْعُ في ذَاتِهِ مَشْرُوعًا جَائِزًا لَكِنَّهُ يُكْرَهُ لِأَنَّهُ اتَّصَلَ بِهِ غَيْرُ مَشْرُوعٍ وهو تَرْكُ السَّعْيِ
وَمِنْهَا بَيْعُ الْحَاضِرِ لِلْبَادِ وهو أَنْ يَكُونَ لِرَجُلٍ طَعَامٌ وَعَلَفٌ لَا يَبِيعُهُمَا إلَّا لِأَهْلِ الْبَادِيَةِ بِثَمَنٍ غَالٍ لِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ دَعُوا الناس يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضَهُمْ من بَعْضٍ وَلَوْ بَاعَ جَازَ الْبَيْعُ لِأَنَّ النَّهْيَ لِمَعْنًى في غَيْرِ الْبَيْعِ وهو الْإِضْرَارُ بِأَهْلِ الْمِصْرِ فَلَا يُوجِبُ فَسَادَ الْبَيْعِ كَالْبَيْعِ وَقْتَ النِّدَاءِ
وَهَذَا إذَا كان ذلك يَضُرُّ بِأَهْلِ الْبَلَدِ بِأَنْ كان أَهْلُهُ في قَحْطٍ من الطَّعَامِ وَالْعَلَفِ فَإِنْ كَانُوا في خِصْبٍ وَسَعَةٍ فَلَا بَأْسَ بِهِ لِانْعِدَامِ الضَّرَرِ
وَمِنْهَا بَيْعُ مُتَلَقِّي السِّلَعِ وَاخْتُلِفَ في تَفْسِيرِهِ
قال بَعْضُهُمْ هو أَنْ يَسْمَعَ خَبَرَ قُدُومِ قَافِلَةٍ بِمِيرَةٍ عظمة (((عظيمة))) فَيَتَلَقَّاهُمْ الرَّجُلُ وَيَشْتَرِي جَمِيعَ ما مَعَهُمْ من الْمِيرَةِ وَيَدْخُلُ الْمِصْرَ فَيَبِيعُ ما يَشَاءُ من الثَّمَنِ وَهَذَا الشِّرَاءُ مَكْرُوهٌ لِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا تَتَلَقَّوْا السِّلَعَ حتى تُبْسَطَ الْأَسْوَاقُ وَهَذَا إذَا كان يَضُرُّ بِأَهْلِ الْبَلَدِ بِأَنْ كان أَهْلُهُ في جَدْبٍ وَقَحْطٍ فَإِنْ كان لَا يَضُرُّهُمْ لَا بَأْسَ
وقال بَعْضُهُمْ تَفْسِيرُهُ هو أَنْ يَتَلَقَّاهُمْ فَيَشْتَرِيَ منهم بِأَرْخَصَ من سِعْرِ الْبَلَدِ وَهُمْ لَا يَعْلَمُونَ سِعْرَ الْبَلَدِ وَهَذَا أَيْضًا مَكْرُوهٌ سَوَاءٌ تَضَرَّرَ بِهِ أَهْلُ الْبَلَدِ أَمْ لَا لِأَنَّهُ غَرَّهُمْ وَالشِّرَاءُ جَائِزٌ في الصُّورَتَيْنِ جميعا لِأَنَّ الْبَيْعَ مَشْرُوعٌ في ذَاتِهِ وَالنَّهْيُ في غَيْرِهِ وهو الأضرار بِالْعَامَّةِ على التَّفْسِيرِ الْأَوَّلِ وَتَغْرِيرُ أَصْحَابِ السِّلَعِ على التَّفْسِيرِ الثَّانِي
وَمِنْهَا بَيْعُ الْمُسْتَامِ على سَوْمِ أَخِيهِ وهو أَنْ يُسَاوِمَ الرَّجُلَانِ فَطَلَبَ الْبَائِعُ بِسِلْعَتِهِ ثَمَنًا وَرَضِيَ الْمُشْتَرِي بِذَلِكَ الثَّمَنِ فَجَاءَ مُشْتَرٍ آخَرُ وَدَخَلَ على سَوْمِ الْأَوَّلِ فَاشْتَرَاهُ بِزِيَادَةٍ أو بِذَلِكَ الثَّمَنِ لِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا يَسْتَامُ الرَّجُلُ على سَوْمِ أَخِيهِ وَلَا يَخْطُبُ على خِطْبَةِ أَخِيهِ وَرُوِيَ لَا يَسُومُ الرَّجُلُ على سَوْمِ أَخِيهِ
وَالنَّهْيُ لِمَعْنًى في غَيْرِ الْبَيْعِ وهو الْإِيذَاءُ فَكَانَ نَفْسُ الْبَيْعِ مَشْرُوعًا فَيَجُوزُ شِرَاؤُهُ وَلَكِنَّهُ يُكْرَهُ
وَهَذَا إذَا جَنَحَ الْبَائِعُ لِلْبَيْعِ بِالثَّمَنِ الذي طَلَبَهُ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ فَإِنْ كان لم يَجْنَحْ له فَلَا بَأْسَ لِلثَّانِي أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِأَنَّ هذا ليس اسْتِيَامًا على سَوْمِ أَخِيهِ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ النَّهْيِ وَلِانْعِدَامِ مَعْنَى الْإِيذَاءِ أَيْضًا بَلْ هو بَيْعُ من يَزِيدُ وإنه ليس بِمَكْرُوهٍ لِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم بَاعَ قَدَحًا وَحِلْسًا له بِبَيْعِ من

يَزِيدُ وما كان رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم لِيَبِيعَ بَيْعًا مَكْرُوهًا وَكَذَا في النِّكَاحِ إذَا خَطَبَ رَجُلٌ امْرَأَةً وَرَكَنَ قَلْبُهَا

(5/232)

إلَيْهِ يُكْرَهُ لِغَيْرِهِ أَنْ يَخْطِبَهَا لِمَا رَوَيْنَا وَإِنْ لم يَرْكُنْ فَلَا بَأْسَ بِهِ
2 وَمِنْهَا بَيْعُ السِّلَاحِ من أَهْلِ الْفِتْنَةِ وفي عَسَاكِرِهِمْ لِأَنَّ بَيْعَهُ منهم من بَابِ الْإِعَانَةِ على الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وإنه مَنْهِيٌّ وَلَا يُكْرَهُ بَيْعُ ما يُتَّخَذُ منه السِّلَاحُ منهم كَالْحَدِيدِ وَغَيْرِهِ لِأَنَّهُ ليس مُعَدًّا لِلْقِتَالِ فَلَا يَتَحَقَّقُ مَعْنَى الْإِعَانَةِ
وَنَظِيرُهُ بَيْعُ الْخَشَبِ الذي يَصْلُحُ لِاتِّخَاذِ الْمِزْمَارِ فإنه لَا يُكْرَهُ وَإِنْ كُرِهَ بَيْعُ الْمَزَامِيرِ
وَأَمَّا ما يُكْرَهُ مِمَّا يَتَّصِلُ بِالْبُيُوعِ فَمِنْهَا الِاحْتِكَارُ وقد ذَكَرْنَا جُمْلَةَ الْكَلَامِ فيه في بَابِ الْكَرَاهِيَةِ وَإِلْحَاقُهُ بهذا الْمَوْضِعِ أَوْلَى
وَمِنْهَا النَّجْشُ وهو أَنْ يَمْدَحَ السِّلْعَةَ وَيَطْلُبَهَا بِثَمَنٍ ثُمَّ لَا يَشْتَرِيهِ بِنَفْسِهِ وَلَكِنْ لِيُسْمِعَ غَيْرَهُ فَيَزِيدَ في ثَمَنِهِ وَإِنَّهُ مَكْرُوهٌ لِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ نهى عن النَّجْشِ وَلِأَنَّهُ احْتِيَالٌ للأضرار بِأَخِيهِ الْمُسْلِمِ وَهَذَا إذَا كان الْمُشْتَرِي يَطْلُبُ السِّلْعَةَ من صَاحِبِهَا بِمِثْلِ ثَمَنِهَا فَأَمَّا إذَا كان يَطْلُبُهَا بِأَقَلَّ من ثَمَنِهَا فَنَجَشَ رَجُلٌ سِلْعَةً حتى تَبْلُغَ إلَى ثَمَنِهَا فَهَذَا ليس بِمَكْرُوهٍ وَإِنْ كان النَّاجِشُ لَا يُرِيدُ شِرَاءَهَا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ الْبَيْعِ فَلَا يُمْكِنُ الْوُقُوفُ عليه إلَّا بَعْدَ الْوُقُوفِ على تَسْمِيَةِ الْبِيَاعَاتِ في حَقِّ الْحُكْمِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْبَيْعُ في حَقِّ الْحُكْمِ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ صَحِيحًا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ فَاسِدًا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بَاطِلًا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مَوْقُوفًا وَالصَّحِيحُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ فيه خِيَارٌ أو لَا خِيَارَ فيه
أَمَّا الْبَيْعُ الصَّحِيحُ الذي لَا خِيَارَ فيه فَلَهُ أَحْكَامٌ لَكِنَّ بَعْضَهَا أَصْلٌ وَبَعْضَهَا من التَّوَابِعِ
أَمَّا الْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ فَالْكَلَامُ فيه في مَوْضِعَيْنِ في بَيَانِ أَصْلِ الْحُكْمِ وفي بَيَانِ صِفَتِهِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ لِلْمُشْتَرِي في الْمَبِيعِ وَلِلْبَائِعِ في الثَّمَنِ لِلْحَالِ فَلَا بُدَّ من مَعْرِفَةِ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ لِمَعْرِفَةِ حُكْمِ الْبَيْعِ وَالْأَحْكَامِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهِمَا فَيَقَعُ الْكَلَامُ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في تَفْسِيرِ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ
وَالثَّانِي في بَيَانِ الْأَحْكَامِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهِمَا أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَقُولُ وَلَا قُوَّةَ إلَّا بِاَللَّهِ تَعَالَى
الْمَبِيعُ وَالثَّمَنُ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا من الْأَسْمَاءِ الْمُتَبَايِنَةِ الْوَاقِعَةِ على مَعَانٍ مُخْتَلِفَةٍ فَالْمَبِيعُ في الْأَصْلِ اسْمٌ لِمَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وَالثَّمَنُ في الْأَصْلِ ما لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ وَإِنْ احْتُمِلَ تَغَيُّرُ هذا الْأَصْلِ بِعَارِضٍ بِأَنْ يَكُونَ ما لَا يَحْتَمِلُ التَّعْيِينَ مَبِيعًا كَالْمُسْلَمِ فيه وما يَحْتَمِلُهُ ثَمَنًا كَرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ إذَا كان عَيْنًا على ما نَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَأَمَّا على أَصْلِ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ وهو قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فَالْمَبِيعُ وَالثَّمَنُ

مِن الْأَسْمَاءِ الْمُتَرَادِفَةِ الْوَاقِعَةِ على مُسَمًّى وَاحِدٍ وَإِنَّمَا يَتَمَيَّزُ أَحَدُهُمَا عن الْآخَرِ في الْأَحْكَامِ بِحَرْفِ الْبَاءِ
وإذا عُرِفَ هذا فَالدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا أَثْمَانٌ لَا تَتَعَيَّنُ في عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ في حَقِّ الِاسْتِحْقَاقِ وَإِنْ عُيِّنَتْ حتى لو قال بِعْتُ مِنْك هذا الثَّوْبَ بِهَذِهِ الدَّرَاهِمِ أو بِهَذِهِ الدَّنَانِيرِ كان لِلْمُشْتَرِي أَنْ يُمْسِكَ الْمُشَارَ إلَيْهِ وَيَرُدَّ مثله وَلَكِنَّهَا تَتَعَيَّنُ في حَقِّ ضَمَانِ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالصِّفَةِ وَالْقَدْرِ حتى يَجِبَ عليه رَدُّ مِثْلِ الْمُشَارِ إلَيْهِ جِنْسًا وَنَوْعًا وَقَدْرًا وَصِفَةً
وَلَوْ هَلَكَ الْمُشَارُ إلَيْهِ لَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ وَعَلَى أَصْلِهِمَا يَتَعَيَّنُ حتى يَسْتَحِقَّ الْبَائِعُ على الْمُشْتَرِي الدَّرَاهِمَ الْمُشَارَ إلَيْهَا كما في سَائِرِ الْأَعْيَانِ الْمُشَارِ إلَيْهَا وَلَوْ هَلَكَ قبل الْقَبْضِ يَبْطُلُ الْعَقْدُ كما لو هَلَكَ سَائِرُ الْأَعْيَانِ وَجْهُ قَوْلِهِمَا أن الْمَبِيعَ وَالثَّمَنَ يُسْتَعْمَلَانِ اسْتِعْمَالًا وَاحِدًا قال اللَّهُ تَعَالَى { وَلَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا } سَمَّى سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى المشتري وهو الْمَبِيعُ ثَمَنًا دَلَّ على أَنَّ الثَّمَنَ مَبِيعٌ وَالْمَبِيعَ ثَمَنٌ وَلِهَذَا جَازَ أَنْ يُذْكَرَ الشِّرَاءَ بِمَعْنَى الْبَيْعِ
يُقَالُ شَرَيْتُ الشَّيْءَ بِمَعْنَى بِعْتُهُ
قال اللَّهُ تَعَالَى { وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ } أَيْ وَبَاعُوهُ وَلِأَنَّ ثَمَنَ الشَّيْءِ قِيمَتُهُ وَقِيمَةُ الشَّيْءِ ما يَقُومُ مَقَامَهُ وَلِهَذَا سُمِّيَ قِيمَةً لِقِيَامِهِ مَقَامَ غَيْرِهِ وَالثَّمَنُ وَالْمُثَمَّنُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقُومُ مَقَامَ صَاحِبِهِ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَمَنًا وَمَبِيعًا دَلَّ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بين الثَّمَنِ وَالْمَبِيعِ في اللُّغَةِ وَالْمَبِيعُ يَحْتَمِلُ التَّعَيُّنَ بِالتَّعْيِينِ فَكَذَا الثَّمَنُ إذْ هو مَبِيعٌ على ما بَيَّنَّا
وَلَنَا أَنَّ الثَّمَنَ في اللُّغَةِ اسْمٌ لِمَا في الذِّمَّةِ هَكَذَا نُقِلَ عن الْفَرَّاءِ وهو إمَامٌ في اللعة (((اللغة)))
وَلِأَنَّ أَحَدَهُمَا يُسَمَّى ثَمَنًا وَالْآخَرَ مَبِيعًا في عُرْفِ اللُّغَةِ وَالشَّرْعِ وَاخْتِلَافُ الإسامي دَلِيلُ اخْتِلَافِ الْمَعَانِي في الْأَصْلِ
إلَّا أَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ أَحَدُهُمَا مَكَانَ صَاحِبِهِ تَوَسُّعًا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقَابِلُ صَاحِبَهُ فَيُطْلَقُ اسْمُ أَحَدِهِمَا على الْآخَرِ لِوُجُودِ مَعْنَى الْمُقَابَلَةِ
كما يُسَمَّى جَزَاءُ السَّيِّئَةِ سَيِّئَةً وَجَزَاءُ الِاعْتِدَاءِ اعْتِدَاءً فَأَمَّا الْحَقِيقَةُ فما ذَكَرْنَا وإذا كان الثَّمَنُ اسْمًا لِمَا في الذِّمَّةِ لم يَكُنْ مُحْتَمِلًا لِلتَّعْيِينِ بِالْإِشَارَةِ فلم يَصِحَّ التَّعْيِينُ حَقِيقَةً في حَقِّ اسْتِحْقَاقِ الْعَيْنِ فَجُعِلَ كِنَايَةً عن بَيَانِ الْجِنْسِ الْمُشَارِ إلَيْهِ وَنَوْعِهِ وَصِفَتِهِ وَقَدْرِهِ تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِ الْعَاقِلِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ وَلِأَنَّ التَّعْيِينَ غَيْرُ مُفِيدٍ لِأَنَّ كُلَّ عِوَضٍ يُطْلَبُ من الْمُعَيَّنِ في الْمُعَاوَضَاتِ يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ من مِثْلِهِ

فلم يَكُنْ التَّعْيِينُ في حَقِّ اسْتِحْقَاقِ الْعَيْنِ مُفِيدًا فليعتو (((فيلغو))) في حَقِّهِ وَيُعْتَبَرُ في بَيَانِ حَقِّ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالصِّفَةِ وَالْقَدْرِ لِأَنَّ التَّعْيِينَ في حَقِّهِ مُفِيدٌ ثُمَّ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ عِنْدَنَا أَثْمَانٌ على كل حَالٍ أَيَّ شَيْءٍ كان في مُقَابَلَتِهَا وَسَوَاءٌ دَخَلَهُ حَرْفُ الْبَاءِ فِيهِمَا أو فِيمَا يُقَابِلُهُمَا لأنها (((لأنهما))) لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ بِحَالٍ فَكَانَتْ أَثْمَانًا على كل حَالٍ
وَأَمَّا ما سِوَاهُمَا من الْأَمْوَالِ فَإِنْ كان مِمَّا لَا مِثْلَ له من الْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَفَاوِتَةِ وَالذَّرْعِيَّاتِ فَهُوَ مَبِيعٌ على كل حَالٍ لِأَنَّهَا تَتَعَيَّنُ بالتعين (((بالتعيين))) بَلْ

لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا إلَّا عَيْنًا إلَّا الثِّيَابَ الْمَوْصُوفَةَ الْمُؤَجَّلَةَ سَلَمًا فَإِنَّهَا تَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ مَبِيعَةً بِطَرِيقِ السَّلَمِ اسْتِحْسَانًا بِخِلَافِ الْقِيَاسِ لِحَاجَةِ الناس إلَى السَّلَمِ فيها وَكَذَا الْمَوْصُوفُ الْمُؤَجَّلُ فيها لَا بِطَرِيقِ السَّلَمِ يَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ ثَمَنًا اسْتِحْسَانًا وَإِنْ كان مِمَّا له مِثْلٌ كَالْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ فَإِنْ كان في مُقَابَلَةِ الْمَكِيلِ أو الْمَوْزُونِ دَرَاهِمُ أو دَنَانِيرُ فَهُوَ مَبِيعٌ وَإِنْ كان في مُقَابَلَتِهِ ما لَا مِثْلَ له من الْأَعْيَانِ التي ذَكَرْنَا فإنه يُنْظَرُ إنْ كان الْمَكِيلُ أو الْمَوْزُونُ مُعَيَّنًا فَهُوَ مَبِيعٌ وَإِنْ لم يَكُنْ مُعَيَّنًا يُحَكَّمُ فيه حَرْفُ الْبَاءِ فما دَخَلَهُ فَهُوَ ثَمَنٌ وَالْآخَرُ مَبِيعٌ وَإِنْ كان أَحَدُهُمَا مُعَيَّنًا وَالْآخَرُ مَوْصُوفًا أو كان كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَوْصُوفًا فإنه يُحَكَّمُ فيه حَرْفُ الْبَاءِ فما صَحِبَهُ فَهُوَ الثَّمَنُ وَالْآخَرُ الْمَبِيعُ

وَأَمَّا الْفُلُوسُ الرَّائِجَةُ فَإِنْ قُوبِلَتْ بِخِلَافِ جِنْسِهَا فَهِيَ أَثْمَانٌ وَكَذَا إنْ قُوبِلَتْ بِجِنْسِهَا مُتَسَاوِيَةً في الْعَدَدِ وَإِنْ قُوبِلَتْ بِجِنْسِهَا مُتَفَاضِلَةً في الْعَدَدِ فَهِيَ مَبِيعَةٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ هِيَ أَثْمَانٌ على كل حَالٍ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَأَمَّا بَيَانُ ما يَتَعَلَّقُ بِهِمَا من الْأَحْكَامِ فَمِنْهَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ في الْمَبِيعِ الْمَنْقُولِ قبل الْقَبْضِ بِالْإِجْمَاعِ وفي الْعَقَارِ اخْتِلَافٌ وَيَجُوزُ التَّصَرُّفُ في الْأَثْمَانِ قبل الْقَبْضِ إلَّا الصَّرْفَ وَالسَّلَمَ

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ كان الثَّمَنُ عَيْنًا لَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فيها قبل الْقَبْضِ وَهَذَا على أَصْلِهِ مُسْتَقِيمٌ لِأَنَّ الثَّمَنَ وَالْمَبِيعَ عِنْدَهُ من الْأَسْمَاءِ الْمُتَرَادِفَةِ الْوَاقِعَةِ على مُسَمًّى وَاحِدٍ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعًا وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ وَإِنْ كان دَيْنًا فَلَهُ فيه قَوْلَانِ في قَوْلٍ لَا يَجُوزُ أَيْضًا لِمَا رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ نهى عن بَيْعِ ما لم يُقْبَضْ فَيَتَنَاوَلُ الْعَيْنَ وَالدَّيْنَ

وَلَنَا ما رُوِيَ عن عبد اللَّهِ بن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال يا رَسُولَ اللَّهِ إنَّا نَبِيعُ الْإِبِلَ بِالْبَقِيعِ وَنَأْخُذُ مَكَانَ الدَّرَاهِمِ الدَّنَانِيرَ وَمَكَانَ الدَّنَانِيرِ الدَّرَاهِمَ فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا بَأْسَ إذَا كان بِسِعْرِ يَوْمِهِمَا وَافْتَرَقْتُمَا وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا شَيْءٌ وَهَذَا نَصٌّ على جَوَازِ الِاسْتِبْدَالِ من ثَمَنِ الْمَبِيعِ وَلِأَنَّ قَبْضَ الدَّيْنِ بِقَبْضِ الْعَيْنِ لِأَنَّ قَبْضَ نَفْسِ الدَّيْنِ لَا يُتَصَوَّرُ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عن مَالٍ حُكْمِيٍّ في الذِّمَّةِ أو عِبَارَةٌ عن الْفِعْلِ وَكُلُّ ذلك لَا يُتَصَوَّرُ فيه قَبْضُهُ حَقِيقَةً فَكَانَ قَبْضُهُ بِقَبْضِ بَدَلِهِ وهو قَبْضُ الدين (((العين))) فَتَصِيرُ الْعَيْنُ الْمَقْبُوضَةُ مَضْمُونَةً على الْقَابِضِ وفي ذِمَّةِ الْمَقْبُوضِ منه مِثْلُهَا في الْمَالِيَّةِ فَيَلْتَقِيَانِ قِصَاصًا هذا هو طَرِيقُ قَبْضِ الدُّيُونِ وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ بين أَنْ يَكُونَ الْمَقْبُوضُ من جِنْسِ ما عليه أو من خِلَافِ جِنْسِهِ لِأَنَّ الْمُقَاصَّةَ إنَّمَا تَتَحَقَّقُ بِالْمَعْنَى وهو الْمَالِيَّةُ وَالْأَمْوَالُ كُلُّهَا في مَعْنَى الْمَالِيَّةِ جِنْسٌ وَاحِدٌ وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمُرَادَ من الحديث الْعَيْنُ لَا الدَّيْنُ لِأَنَّ النَّهْيَ عن بَيْعِ ما لم يُقْبَضْ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ شيئا يَحْتَمِلُ الْقَبْضَ وَنَفْسُ الدَّيْنِ لَا يَحْتَمِلُ الْقَبْضَ على ما بَيَّنَّا فَلَا يَتَنَاوَلُهُ النَّهْيُ بِخِلَافِ السَّلَمِ وَالصَّرْفِ

أَمَّا الصَّرْفُ فَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ من بَدَلَيْ الصَّرْفِ مَبِيعٌ من وَجْهٍ وَثَمَنٌ من وَجْهٍ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَا بُدَّ له من مَبِيعٍ إذْ هو من الْأَسْمَاءِ الْإِضَافِيَّةِ وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بِجَعْلِهِ مَبِيعًا أَوْلَى من الْآخَرِ فَيُجْعَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعًا من وَجْهٍ وَثَمَنًا من وَجْهٍ فَمِنْ حَيْثُ هو ثَمَنٌ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فيه قبل الْقَبْضِ كَسَائِرِ الْأَثْمَانِ وَمِنْ حَيْثُ هو مَبِيعٌ لَا يَجُوزُ فَرَجَّحْنَا جَانِبَ الْحُرْمَةِ احْتِيَاطًا

وَأَمَّا الْمُسْلَمُ فيه فَلِأَنَّهُ مَبِيعٌ بِالنَّصِّ وَالِاسْتِبْدَالُ بِالْمَبِيعِ الْمَنْقُولِ قبل الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ وَرَأْسُ الْمَالِ الْحِقِ بِالْمَبِيعِ الْعَيْنِ في حَقِّ حُرْمَةِ الِاسْتِبْدَالِ شَرْعًا فَمَنْ

ادَّعَى الْإِلْحَاقَ في سَائِرِ الْأَمْوَالِ فَعَلَيْهِ الدَّلِيلُ وَكَذَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ في الْقَرْضِ قبل الْقَبْضِ
وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَفَرَّقَ بين الْقَرْضِ وَسَائِرِ الدُّيُونِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ له أَنَّ الْإِقْرَاضَ إعَارَةٌ لَا مُبَادَلَةٌ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْأَجَلُ فيه كما في الْعَارِيَّةِ وَلَوْ كان مُبَادَلَةً لَلَزِمَ فيه الْأَجَلُ وَكَذَا لَا يَمْلِكُهُ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ وَالْمُكَاتَبُ وَالْمَأْذُونُ وَهَؤُلَاءِ يَمْلِكُونَ الْمُبَادَلَةَ وَلِأَنَّهُ لو جُعِلَ مُبَادَلَةً لَمَا جَازَ لِأَنَّهُ يَتَمَكَّنُ فيه الرِّبَا وهو فَضْلُ الْعَيْنِ على الدَّيْنِ دَلَّ أَنَّهُ إعَارَةٌ وَالْوَاجِبُ في الْعَارِيَّةِ رَدُّ الْعَيْنِ وَأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ بِالِاسْتِبْدَالِ
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ إن الأقراض في الْحَقِيقَةِ مُبَادَلَةُ الشَّيْءِ بمثله فإن

الْوَاجِبَ على الْمُسْتَقْرِضِ مِثْلُ ما اسْتَقْرَضَ دَيْنًا في ذِمَّتِهِ لَا عَيْنُهُ فَكَانَ مُحْتَمِلًا لِلِاسْتِبْدَالِ كَسَائِرِ الدُّيُونِ وَلِهَذَا اُخْتُصَّ جَوَازُهُ بِمَا له مِثْلٌ من الْمَكِيلَاتِ وَالْمَوْزُونَاتِ وَالْعَدَدِيَّاتِ الْمُتَقَارِبَةِ دَلَّ أَنَّ الْوَاجِبَ على الْمُسْتَقْرِضِ تَسْلِيمُ مِثْلِ ما اسْتَقْرَضَ لَا تَسْلِيمُ عَيْنِهِ إلَّا أَنَّهُ أُقِيمَ تَسْلِيمُ الْمِثْلِ فيه مَقَامَ تَسْلِيمِ الْعَيْنِ كَأَنَّهُ انْتَفَعَ بِالْعَيْنِ مُدَّةً ثُمَّ رَدَّهَا إلَيْهِ فَأَشْبَهَ دَيْنَ الِاسْتِهْلَاكِ وَغَيْرَهُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ ما ليس عِنْدَ الْبَائِعِ إلَّا السَّلَمَ خَاصَّةً لِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ نهى عن بَيْعِ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ وَرَخَّصَ في السَّلَمِ وَيَجُوزُ الشِّرَاءُ بِثَمَنٍ ليس عِنْدَ الْمُشْتَرِي لِمَا رُوِيَ أَنَّ النبي اشْتَرَى من يَهُودِيٍّ طَعَامًا بِثَمَنٍ ليس عِنْدَهُ وَرَهَنَهُ دِرْعَهُ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا قال اشْتَرَيْتُ مِنْك هذه الْحِنْطَةَ بِدِرْهَمٍ أو دينارا (((دينار))) إلَى شَهْرٍ أو قال اشْتَرَيْتُ مِنْك دِرْهَمًا أو دينارا (((دينارا))) إلَى شَهْرٍ بِهَذِهِ الْحِنْطَةِ أَنَّهُ يَجُوزُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ أَثْمَانٌ على كل حَالٍ فَكَانَ ما يُقَابِلُهَا مَبِيعًا فَيَكُونُ مُشْتَرِيًا بِثَمَنٍ ليس عِنْدَهُ وَأَنَّهُ جَائِزٌ

وَلَوْ قال بِعْتُ مِنْك قَفِيزَ حِنْطَةٍ بهذا الدِّرْهَمِ أو بهذا الدِّينَارِ وَوَصَفَ الْحِنْطَةَ لَكِنَّهُ لم يذكر شَرَائِطَ السَّلَمِ أو قال بِعْتُ مِنْك هذا الدِّرْهَمَ أو هذا الدِّينَارَ بِقَفِيزٍ من حِنْطَةٍ وَوَصَفَهَا ولم يذكر شَرَائِطَ السَّلَمِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ أَثْمَانٌ بِأَيِّ شَيْءٍ قُوبِلَتْ فَكَانَ ما في مُقَابَلَتِهَا مَبِيعًا فَيَكُونُ بَائِعًا ما ليس عِنْدَهُ
وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ إلَّا السَّلَمَ خَاصَّةً ولم يذكر شَرَائِطَ السَّلَمِ فَلَوْ ذَكَرَ في هذا الْبَيْعِ شَرَائِطَ السَّلَمِ جَازَ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وَإِنْ لم يُذْكَرْ لَفْظُ السَّلَمِ وَعِنْد زُفَرَ لَا يَجُوزُ مالم يُذْكَرْ لَفْظُ السَّلَمِ وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ السَّلَمَ نَوْعُ بَيْعٍ إلَّا أَنَّهُ بَيْعٌ اُخْتُصَّ بِشَرَائِطَ فإذا أتى بها فَقَدْ أتى بِالسَّلَمِ وَإِنْ لم يُتَلَفَّظْ بِهِ وَلَوْ تَصَارَفَا دِينَارًا بِدِينَارٍ أو عَشَرَةَ دَرَاهِمَ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ أو دِينَارًا بِعَشَرَةٍ بِغَيْرِ أَعْيَانِهَا وَلَيْسَ عِنْدَهُمَا شَيْءٌ من ذلك فَاسْتَقْرَضَا في الْمَجْلِسِ ثُمَّ تَقَابَضَا وَافْتَرَقَا جَازَ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ أَثْمَانٌ على كل حَالٍ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُشْتَرِيًا بِثَمَنٍ ليس عِنْدَهُ لَا بَائِعًا وَأَنَّهُ جَائِزٌ إلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ من التَّقَابُضِ لِأَنَّهُ صَرْفٌ

وَلَوْ تَبَايَعَا تِبْرًا بِتِبْرٍ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا وَلَيْسَ عِنْدَهُمَا شَيْءٌ من ذلك ثُمَّ اسْتَقْرَضَا قبل الِافْتِرَاقِ فَتَقَابَضَا ثُمَّ افْتَرَقَا فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ذَكَرَ في الصَّرْفِ أَنَّهُ يَجُوزُ
وَجَعَلَهُ بِمَنْزِلَةِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ الْمَضْرُوبَةِ وَذَكَرَ في الْمُضَارَبَةِ وَجَعَلَهُ بِمَنْزِلَةِ الْعُرُوضِ حَيْثُ قال لَا تَجُوزُ الْمُضَارَبَةُ فَعَلَى هذه الرِّوَايَةِ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُوَفَّقَ بين الرِّوَايَتَيْنِ بِأَنْ تُحْمَلَ رِوَايَةُ كِتَابِ الصَّرْفِ على مَوْضِعٍ يَرُوجُ التِّبْرُ فيه رَوَاجَ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ الْمَضْرُوبَةِ وَرِوَايَةُ كِتَابِ الْمُضَارَبَةِ على مَوْضِعٍ لَا يَرُوجُ رَوَاجَهَا
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا قال بِعْتُ مِنْك هذا الْعَبْدَ بِكَذَا كُرٍّ حِنْطَةً وَوَصَفَهَا أَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْحِنْطَةَ الْمَوْصُوفَةَ ثَمَنًا حَيْثُ أَدْخَلَ فيها حَرْفَ الْبَاءِ فَيَكُونُ الْآخَرُ مَبِيعًا فَكَانَ هذا بَيْعُ الْعَبْدِ بِحِنْطَةٍ مَوْصُوفَةٍ في الذِّمَّةِ فَيَجُوزُ
وَلَوْ قال اشْتَرَيْتُ مِنْك كَذَا كُرٍّ حِنْطَةً وَوَصَفَهَا بهذا الْعَبْدِ لَا يَجُوزُ إلَّا بِطَرِيقِ السَّلَمِ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْعَبْدَ ثَمَنًا بِدَلَالَةِ حَرْفِ الْبَاءِ فَكَانَتْ الْحِنْطَةُ مَبِيعَةً فَكَانَ بَائِعًا ما ليس عِنْدَهُ فَلَا يَجُوزُ إلَّا بِشَرَائِطِ السَّلَمِ من الْأَجَلِ وَبَيَانِ مَكَانِ الْإِيفَاءِ وَقَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ وَنَحْوِ ذلك عِنْدَنَا وَعِنْدَ زُفَرَ لَا يَجُوزُ ما لم يذكر لَفْظَ السَّلَمِ على ما مَرَّ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا قال بِعْتُ مِنْكَ هذه الْحِنْطَةَ على أنها قَفِيزٌ بِقَفِيزِ حِنْطَةً وَوَصَفَهَا أو قال بِعْتُ مِنْك هذه الْحِنْطَةَ على أنها قَفِيزٌ بِقَفِيزَيْ شَعِيرٍ
وَوَصَفَهُمَا ما أَنَّ الْبَيْعَ جَائِزٌ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْعَيْنَ مِنْهُمَا مَبِيعًا وَالدَّيْنَ الْمَوْصُوفَ في الذِّمَّةِ ثَمَنًا بِإِدْخَالِ حَرْفِ الْبَاءِ عليه فَيَجُوزُ لَكِنَّ قَبْضَ الدَّيْنِ مِنْهُمَا قبل الِافْتِرَاقِ بشرط (((يشرط))) لِأَنَّ من شَرْطِ جَوَازِ الْبَيْعِ أَنْ يَكُونَ الِافْتِرَاقُ فيه عن عَيْنٍ بِعَيْنٍ وَذَلِكَ بِقَبْضِ الدَّيْنِ مِنْهُمَا لِأَنَّ الدَّيْنَ لَا يَتَعَيَّنُ إلَّا بِالْقَبْضِ
وَلَوْ قَبَضَ الدَّيْنَ مِنْهُمَا ثُمَّ افْتَرَقَا عن الْمَجْلِسِ قبل قَبْضِ الْعَيْنِ جَازَ لِأَنَّهُمَا افْتَرَقَا عن عَيْنٍ بِعَيْنٍ وَلَوْ قال اشْتَرَيْتُ مِنْك قَفِيزَ حِنْطَةٍ وَوَصَفَهَا بهذا الْقَفِيزِ من الْحِنْطَةِ أو قال اشْتَرَيْتُ مِنْك قَفِيزَيْ شَعِيرٍ وَوَصَفَهُمَا بِهَذِهِ الْحِنْطَةِ على أنها قَفِيزٌ لَا يَجُوزُ وَإِنْ أَحْضَرَ الْمَوْصُوفَ في الْمَجْلِسِ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْمَوْصُوفَ مِنْهُمَا مَبِيعًا وَالْآخَرَ ثَمَنًا بِقَرِينَةِ حَرْفِ الْبَاءِ فَيَكُونُ بَائِعًا ما ليس عِنْدَهُ وَبَيْعُ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ لَا يَكُونُ إلَّا بِطَرِيقِ السَّلَمِ وَلَا سَبِيلَ إلَى تَجْوِيزِهِ سَلَمًا لِأَنَّ إسْلَامَ الْمَكِيلِ في الْمَكِيلِ لَا يَجُوزُ
وَلَوْ تَبَايَعَا مَكِيلًا مَوْصُوفًا بِمَكِيلٍ مَوْصُوفٍ أو مَوْزُونًا مَوْصُوفًا بِمَوْزُونٍ مَوْصُوفٍ مِمَّا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ بِأَنْ قال بِعْتُ مِنْك قَفِيزَ حِنْطَةٍ وَوَصَفَهَا بِقَفِيزِ حِنْطَةٍ وَوَصَفَهَا أو بِقَفِيزَيْ شَعِيرٍ وَوَصَفَهُمَا أو قال بِعْتُ مِنْك من سُكَّرٍ وَوَصَفَهُ بِمِنْ سُكَّرٍ وَوَصْفَهُ وَلَيْسَ

عِنْدَهُمَا شَيْءٌ من ذلك ثُمَّ اسْتَقْرَضَا وَتَقَابَضَا ثُمَّ افْتَرَقَا لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ لِأَنَّ الذي صَحِبَهُ مِنْهُمَا حَرْفُ الْبَاءِ يَكُونُ ثَمَنًا وَالْآخَرُ مَبِيعًا فَيَكُونُ بَائِعًا ما ليس عِنْدَهُ فَلَا يَجُوزُ إلَّا سَلَمًا وَالسَّلَمُ في مِثْلِهِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ إسْلَامُ الْمَكِيلِ في الْمَكِيلِ
وَإِسْلَامُ الْمَوْزُونِ الذي يَتَعَيَّنُ في الْمَوْزُونِ الذي يَتَعَيَّنُ وَكُلُّ ذلك لَا يَجُوزُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ الشِّرَاءُ بِالدَّيْنِ مِمَّنْ عليه الدَّيْنُ شيئا بِعَيْنِهِ أو بِغَيْرِ عَيْنِهِ قَبَضَهُ أو لم يَقْبِضْهُ وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الدَّيْنَ لَا يَخْلُو من أَنْ يَكُونَ دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ أو فُلُوسًا أو مَكِيلًا أو مَوْزُونًا أو قِيمَةَ الْمُسْتَهْلَكِ فَإِنْ كان دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ فَاشْتَرَى بِهِ شيئا بِعَيْنِهِ جَازَ الشِّرَاءُ وَقَبْضُ المشتري ليس بِشَرْطٍ لِأَنَّهُ يَكُونُ افْتِرَاقًا عن عَيْنٍ بِدَيْنٍ وَأَنَّهُ جَائِزٌ فِيمَا لَا يَتَضَمَّنُ رِبَا النَّسَاءِ وَلَا يَتَضَمَّنُ هَهُنَا وَكَذَلِكَ إنْ كان الدَّيْنُ مَكِيلًا أو مَوْزُونًا أو قِيمَةَ الْمُسْتَهْلَكِ لِمَا قُلْنَا

وَلَوْ اشْتَرَى بِدَيْنِهِ وهو دَرَاهِمُ شيئا بِغَيْرِ عَيْنِهِ بِأَنْ اشْتَرَى بها دِينَارًا أو فُلُوسًا أو هو فُلُوسٌ فَاشْتَرَى بها دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ أو فُلُوسًا جَازَ الشِّرَاءُ لَكِنْ يُشْتَرَطُ قَبْضُ المشتري في الْمَجْلِسِ حتى لَا يَحْصُلَ الِافْتِرَاقُ عن دَيْنٍ بِدَيْنٍ لِأَنَّ المشتري لَا يَتَعَيَّنُ إلَّا بِالْقَبْضِ

وَلَوْ كان دَيْنُهُ دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ أو فُلُوسًا فَاشْتَرَى بها مَكِيلًا مَوْصُوفًا أو مَوْزُونًا مَوْصُوفًا أو ثِيَابًا مَوْصُوفَةً مُؤَجَّلَةً لم يَجُزْ الشِّرَاءُ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ أَثْمَانٌ على كل حَالٍ

وَكَذَا الْفُلُوسُ عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ بِخِلَافِ جِنْسِهَا فلم تَكُنْ مَبِيعَةً فَكَانَ الْآخَرُ مَبِيعًا بائعا (((بيع))) ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ إلَّا بِطَرِيقِ السَّلَمِ وَلَا سَبِيلَ إلَى تَجْوِيزِهِ بِطَرِيقِ السَّلَمِ لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ دَيْنٌ بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَمَنًا فَكَانَ مُشْتَرِيًا بِثَمَنٍ ليس عِنْدَهُ وَأَنَّهُ جَائِزٌ لَكِنْ لَا بُدَّ من التَّسْلِيمِ كيلا يَكُونَ الِافْتِرَاقُ عن دَيْنٍ بِدَيْنٍ

وَإِنْ كان الدَّيْنُ مَكِيلًا أو مَوْزُونًا فَبَاعَهُ بِدَرَاهِمَ أو بِدَنَانِيرَ أو بِفُلُوسٍ أو اشْتَرَى هذه الْأَشْيَاءَ بِدَيْنِهِ جَازَ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ أَثْمَانٌ على كل حَالٍ

وَكَذَا الْفُلُوسُ عِنْدَ مُقَابَلَتِهَا بِخِلَافِ جِنْسِهَا فَكَانَ من عليه الدَّيْنُ مُشْتَرِيًا بِثَمَنٍ ليس عِنْدَهُ وَذَلِكَ جَائِزٌ لَكِنْ يُشْتَرَطُ الْقَبْضُ في الْمَجْلِسِ لِئَلَّا يُؤَدِّيَ إلَى الِافْتِرَاقِ عن دَيْنٍ بِدَيْنٍ

وَلَوْ اشْتَرَى بِالدَّيْنِ الذي هو مَكِيلٌ أو مَوْزُونٌ مَكِيلًا أو مَوْزُونًا من خِلَافِ جِنْسِهِ يُنْظَرُ أن جَعَلَ الدَّيْنَ مِنْهُمَا مَبِيعًا وَالْآخَرَ ثَمَنًا بِأَنْ أَدْخَلَ فيه حَرْفَ الْبَاءِ وَإِنْ كان بِغَيْرِ عَيْنِهِ جَازَ لِأَنَّهُ يَكُونُ مُشْتَرِيًا بِثَمَنٍ ليس عِنْدَهُ إلَّا أَنَّ الْقَبْضَ في الْمَجْلِسِ شَرْطٌ فَلَا يَكُونُ افْتِرَاقًا عن دَيْنٍ بِدَيْنٍ

وَإِنْ جَعَلَ الدَّيْنَ مِنْهُمَا ثَمَنًا بِأَنْ أَدْخَلَ حَرْفَ الْبَاءِ فيه وَالْآخَرَ مَبِيعًا لم يَجُزْ الشِّرَاءُ وَإِنْ أَحْضَرَ في الْمَجْلِسِ لِأَنَّهُ بَائِعٌ ما ليس عِنْدَهُ وَبَيْعُ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ لَا يَجُوزُ إلَّا بِطَرِيقِ السَّلَمِ وإذا كان رَأْسُ الْمَالِ دَيْنًا لَا يَجُوزُ السَّلَمُ وَإِنْ كان الدَّيْنُ قِيمَةَ الْمُسْتَهْلَكِ فَإِنْ كان الْمُسْتَهْلَكُ مِمَّا له مِثْلٌ فَهَذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ لِأَنَّ الْوَاجِبَ بِاسْتِهْلَاكِهِ مِثْلُهُ فإذا اشْتَرَى بِهِ شيئا من خِلَافِ جِنْسِهِ فَحُكْمُهُ ما ذَكَرْنَا وَإِنْ كان مِمَّا لَا مِثْلَ له فَاشْتَرَى بِهِ شيئا بِعَيْنِهِ جَازَ وَقَبْضُ الْمُشْتَرِي ليس بِشَرْطٍ لِأَنَّ الْوَاجِبَ بِاسْتِهْلَاكِهِ الْقِيمَةَ وَالْقِيمَةُ دَرَاهِمُ أو دَنَانِيرُ فَصَارَ مُشْتَرِيًا بِدَيْنِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ شيئا بِعَيْنِهِ فَيَجُوزُ وَلَا يُشْتَرَطُ قَبْضُ المشتري لِأَنَّهُ يَحْصُلُ الِافْتِرَاقُ عن عَيْنٍ بِدَيْنٍ وَلَا بَأْسَ بِهِ فِيمَا لَا يَتَضَمَّنُ رِبَا النَّسَاءِ

وَلَوْ اشْتَرَى بِهِ شيئا بِغَيْرِ عَيْنِهِ من الْمَكِيلِ أو الْمَوْزُونِ يُنْظَرُ إنْ جَعَلَ ما عليه مَبِيعًا وَهَذَا ثَمَنًا بِأَنْ أَدْخَلَ عليه حَرْفَ الْبَاءِ يَجُوزُ الشِّرَاءُ لِأَنَّهُ اشْتَرَى بِثَمَنٍ ليس عِنْدَهُ فَيَجُوزُ لَكِنْ لَا بُدَّ من الْقَبْضِ في الْمَجْلِسِ وَإِنْ جَعَلَ ما عليه ثَمَنًا بِأَنْ صَحِبَهُ حَرْفُ الْبَاءِ لَا يَجُوزُ وَإِنْ أَحْضَرَ في الْمَجْلِسِ لِأَنَّهُ بَاعَ ما ليس عِنْدَ الْإِنْسَانِ فَلَا يَجُوزُ إلَّا بِطَرِيقِ السَّلَمِ وَلَا سَبِيلَ إلَيْهِ لِأَنَّ رَأْسَ مَالِهِ دَيْنٌ

وَلَوْ وَقَعَ الصُّلْحُ عن الْمُسْتَهْلَكِ على الدَّرَاهِمِ أو الدَّنَانِيرِ وَقَضَى بِهِ الْحَاكِمُ جَازَ

وَلَا يَكُونُ الْقَبْضُ شَرْطًا لِأَنَّ هذا ليس شِرَاءً بِالدَّيْنِ بَلْ هو نَفْسُ حَقِّهِ
وَلَوْ صَالَحَ على دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ أَكْثَرَ من قِيمَةِ الْمُسْتَهْلَكِ جَازَ الصُّلْحُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَجُوزُ بِقَدْرِ الْقِيمَةِ
وَالْفَضْلُ على الْقِيمَةِ بَاطِلٌ وَهِيَ من مَسَائِلِ الْغَصْبِ نَذْكُرُهَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَلَوْ تَبَايَعَا عَيْنًا بِفُلُوسٍ بِأَعْيَانِهَا بِأَنْ قال بِعْتُ مِنْك هذا الثَّوْبَ أو هذه الْحِنْطَةَ بِهَذِهِ الْفُلُوسِ جَازَ وَلَا يَتَعَيَّنُ وَإِنْ عُيِّنَتْ بِالْإِشَارَةِ إلَيْهَا حتى كان لِلْمُشْتَرِي أَنْ يُمْسِكَهَا وَيَرُدَّ مِثْلَهَا
وَلَوْ هَلَكَتْ قبل الْقَبْضِ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ لِأَنَّهَا وَإِنْ لم تَكُنْ في الْوَضْعِ ثَمَنًا فَقَدْ صَارَتْ ثَمَنًا بإصلاح (((باصطلاح))) الناس وَمِنْ شَأْنِ الثَّمَنِ أَنْ لَا يَتَعَيَّنَ بِالتَّعْيِينِ
وَكَذَا إذَا تَبَايَعَا دِرْهَمًا بِعَيْنِهِ أو دِينَارًا بِعَيْنِهِ بِفُلُوسٍ بِأَعْيَانِهَا فَإِنَّهَا لَا تَتَعَيَّنُ أَيْضًا كما لَا تَتَعَيَّنُ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ لِمَا قُلْنَا
إلَّا أَنَّ الْقَبْضَ في الْمَجْلِسِ هَهُنَا شَرْطٌ

بَقَاءِ الْعَقْدِ على الصِّحَّةِ حق (((حتى))) لو افْتَرَقَا من غَيْرِ تَقَابُضٍ أَصْلًا يَبْطُلُ الْعَقْدُ لِحُصُولِ الِافْتِرَاقِ عن دَيْنٍ بِدَيْنٍ
وَلَوْ لم يُوجَدْ الْقَبْضُ إلَّا من أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ دُونَ الْآخَرِ فَافْتَرَقَا مَضَى الْعَقْدُ على الصِّحَّةِ لِأَنَّ الْمَقْبُوضَ صَارَ عَيْنًا بِالْقَبْضِ فَكَانَ افْتِرَاقًا عن عَيْنٍ بِدَيْنٍ وإنه جَائِزٌ إذَا لم يَتَضَمَّنْ رِبَا النَّسَاءِ ولم يَتَضَمَّنْ هَهُنَا لِانْعِدَامِ الْقَدْرِ الْمُتَّفَقِ وَالْجِنْسِ
وَكَذَا إذَا تَبَايَعَا فَلْسًا بِعَيْنِهِ بِفَلْسٍ بِعَيْنِهِ فَالْفَلْسَانِ لَا يَتَعَيَّنَانِ وَإِنْ عُيِّنَا إلَّا أَنَّ الْقَبْضَ في الْمَجْلِسِ شَرْطٌ حتى يَبْطُلَ بِتَرْكِ التَّقَابُضِ في الْمَجْلِسِ لِكَوْنِهِ افْتِرَاقًا عن دَيْنٍ بِدَيْنٍ
وَلَوْ قَبَضَ أَحَدَ الْبَدَلَيْنِ في الْمَجْلِسِ فَافْتَرَقَا قبل قَبْضِ الْآخَرِ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ لِأَنَّ اشْتِرَاطَ الْقَبْضِ من الْجَانِبَيْنِ من خَصَائِصِ الصَّرْفِ وَهَذَا ليس بِصَرْفٍ فيكتفي فيه بِالْقَبْضِ من أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ لِأَنَّ بِهِ يَخْرُجُ عن كَوْنِهِ افْتِرَاقًا عن دَيْنٍ بِدَيْنٍ
وَذَكَرَ في بَعْضِ شُرُوحِ مُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَبْطُلُ لَا لِكَوْنِهِ صَرْفًا بَلْ لِتَمَكُّنِ رِبَا النَّسَاءِ فيه لِوُجُودِ أَحْدِ وَصْفَيْ عِلَّةِ رِبَا الْفَضْلِ وهو الْجِنْسُ وهو الصَّحِيحُ وَلَوْ تَبَايَعَا فُلُوسًا بِدَرَاهِمَ على أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ وَتَقَابَضَا وَافْتَرَقَا بَطَلَ الْبَيْعُ لِأَنَّ الْخِيَارَ يَمْنَعُ انْعِقَادَ الْعَقْدِ في حَقِّ الْحُكْمِ فَيَمْنَعُ صِحَّةَ التَّقَابُضِ فَيَحْصُلُ الِافْتِرَاقُ لَا عن قَبْضٍ أَصْلًا فَيَبْطُلُ الْبَيْعُ وَلَوْ كان الْخِيَارُ لِأَحَدِهِمَا فَكَذَلِكَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ بِنَاءً على أَنَّ شَرْطَ الْخِيَارِ يَعْمَلُ في الْجَانِبَيْنِ جميعا عِنْدَهُ وَيَنْعَدِمُ الْقَبْضُ من الْجَانِبَيْنِ وَعِنْدَهُمَا لَا يَعْمَلُ إلَّا من جَانِبٍ وَاحِدٍ فَيَنْعَدِمُ الْقَبْضُ من أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ وَهَذَا لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْعَقْدِ وَالْأَصْلُ الْمَحْفُوظُ أَنَّ الْعَقْدَ في حَقِّ الْقَبْضِ على مَرَاتِبَ
منها ما يُشْتَرَطُ فيه التَّقَابُضُ وهو الْقَبْضُ من الْجَانِبَيْنِ وهو الصَّرْفُ وَمِنْهَا ما لَا يُشْتَرَطُ فيه الْقَبْضُ أَصْلًا كَبَيْعِ الْعَيْنِ بِالْعَيْنِ مِمَّا سِوَى الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَبَيْعِ

الْعَيْنِ بِالدَّيْنِ مِمَّا لَا يَتَضَمَّنُ رِبَا النَّسَاءِ كَبَيْعِ الْحِنْطَةِ بِالدَّرَاهِمِ وَنَحْوِهَا وَمِنْهَا مما يُشْتَرَطُ فيه الْقَبْضُ من أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ كَبَيْعِ الدَّرَاهِمِ بِالْفُلُوسِ وَبَيْعِ الْعَيْنِ بِالدَّيْنِ مِمَّا يَتَضَمَّنُ رِبَا النَّسَاءِ كَبَيْعِ الْمَكِيلِ بِالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ بِالْمَوْزُونِ إذَا كان الدَّيْنُ مِنْهُمَا ثَمَنًا وَبَيْعِ الدَّيْنِ بِالْعَيْنِ وهو السَّلَمُ

وَلَوْ تَبَايَعَا فَلْسًا بِعَيْنِهِ بِفَلْسَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا جَازَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَيَتَعَيَّنُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حتى لو هَلَكَ أَحَدُهُمَا قبل الْقَبْضِ بَطَلَ الْعَقْدُ وَكَذَا إذَا رُدَّ بِالْعَيْبِ أو اُسْتُحِقَّ

وَلَوْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَدْفَعَ مثله ليس له ذلك وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَتَعَيَّنُ وَلَا يَجُوزُ الْبَيْعُ وقد ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ مع دَلَائِلِهَا فِيمَا تَقَدَّمَ

وَلَوْ تَبَايَعَا فَلْسًا بِغَيْرِ عَيْنِهِ بِفَلْسَيْنِ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمَا أو عَيَّنَ أَحَدَهُمَا ولم يُعَيِّنْ الْآخَرَ لَا يَجُوزُ في الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ عَنْهُمْ وَعَنْ أبي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ

وَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ الْفَلْسَ في هذه الْحَالَةِ لَا يَخْلُو من أَنْ يَكُونَ من الْعُرُوضِ أو من الْأَثْمَانِ فَإِنْ كان من الْعُرُوضِ فَالتَّعْيِينُ في الْعُرُوضِ شَرْطُ الْجَوَازِ ولم يُوجَدْ

وَإِنْ كان الْأَثْمَانِ فَالْمُسَاوَاةُ فيها شَرْطُ الْجَوَازِ ولم يُوجَدْ وَلِأَنَّ تَجْوِيزَ هذا الْبَيْعِ يُؤَدِّي إلَى رِبْحِ ما لم يُضْمَنْ لِأَنَّ مُشْتَرِيَ الْفَلْسَيْنِ يَقْبِضُهُمَا وَيَنْقُدُ أَحَدَهُمَا ويبقي الْآخَرُ عن غَيْرِ ضَمَانٍ فَيَكُونُ رِبْحَ ما لم يُضْمَنْ وَأَنَّهُ مَنْهِيٌّ

وَلَوْ تَبَايَعَا فَلْسًا بِفَلْسَيْنِ وَشَرَطَا الْخِيَارَ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ على قَوْلِهِمَا لِأَنَّ الْفُلُوسَ في هذه الْحَالَةِ كَالْعُرُوضِ وَعِنْدَهُمَا لَا يُشْتَرَطُ فيها فلم يَكُنْ الْخِيَارُ مَانِعًا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

وَلَوْ اشْتَرَى شيئا بِفُلُوسٍ كَاسِدَةٍ في مَوْضِعٍ لَا تُنْفَقُ فَإِنْ كانت بِأَعْيَانِهَا جَازَ وَإِنْ لم تَكُنْ مُعَيَّنَةً لم يَجُزْ لِأَنَّهَا في ذلك الْمَوْضِعِ عروض (((عرض))) وَالتَّعْيِينُ شَرْطُ الْجَوَازِ في بَيْعِ الْعُرُوضِ

وَمِنْهَا أَنَّ لِلْبَائِعِ حَقُّ حَبْسِ الْمَبِيعِ حتى يَقْبِضَ الثَّمَنَ إذَا كان الثَّمَنُ حَالًّا وَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَمْتَنِعَ من تَسْلِيمِ الثَّمَنِ إلَى الْبَائِعِ حتى يَقْبِضَ الْمَبِيعَ إذَا كان الْمَبِيعُ حَاضِرًا لِأَنَّ الْبَيْعَ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ وَالْمُسَاوَاةُ في الْمُعَاوَضَاتِ مَطْلُوبَةُ الْمُتَعَاوِضَيْنِ عَادَةً وَحَقُّ الْمُشْتَرِي في الْمَبِيعِ قد تعيين (((تعين))) بِالتَّعْيِينِ في الْعَقْدِ وَحَقُّ الْبَائِعِ في الثَّمَنِ لم يَتَعَيَّنْ بِالْعَقْدِ لِأَنَّ الثَّمَنَ في الذِّمَّةِ فَلَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ إلَّا بِالْقَبْضِ فَيُسَلَّمُ الثَّمَنُ أَوَّلًا لِيَتَعَيَّنَّ فَتَتَحَقَّقُ الْمُسَاوَاةُ

وَإِنْ كان الْمَبِيعُ غَائِبًا عن حَضْرَتِهِمَا فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَمْتَنِعَ عن التَّسْلِيمِ حتى يَحْضُرَ الْمَبِيعُ لِأَنَّ تَقْدِيمَ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ لِتَتَحَقَّقَ الْمُسَاوَاةُ وإذا كان الْمَبِيعُ غَائِبًا لَا تَتَحَقَّقُ الْمُسَاوَاةُ بِالتَّقْدِيمِ بَلْ يَتَقَدَّمُ حَقُّ الْبَائِعِ وَيَتَأَخَّرُ حَقُّ الْمُشْتَرِي حَيْثُ يَكُونُ الثَّمَنُ بِالْقَبْضِ عَيْنًا مُشَارًا إلَيْهِ وَالْمَبِيعُ لَا وَلِأَنَّ من الْجَائِزِ أَنَّ الْمَبِيعَ قد هَلَكَ وَسَقَطَ الثَّمَنُ عن الْمُشْتَرِي فَلَا يُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ إلَّا بَعْدَ الْمَبِيعِ سَوَاءٌ كان الْمَبِيعُ في ذلك الْمِصْرِ أو في مَوْضِعٍ آخَرَ بِحَيْثُ تَلْحَقُهُ الْمُؤْنَةُ بِالْإِحْضَارِ فَرْقٌ بين هذا وَبَيْنَ الرَّهْنِ فإن الرَّاهِنَ إذَا

امْتَنَعَ من قَضَاءِ الدَّيْنِ لِإِحْضَارِ الرَّهْنِ يُنْظَرُ في ذلك إنْ كان الرَّهْنُ في ذلك الْمِصْرِ بِحَيْثُ لَا يَلْحَقُ الْمُرْتَهِنَ مُؤْنَةٌ في الْإِحْضَارِ يُؤْمَرُ بِإِحْضَارِهِ أَوَّلًا كما في

الْبَيْعِ لِجَوَازِ أَنَّ الرَّهْنَ قد هَلَكَ وَسَقَطَ الدَّيْنُ عن المرتهن (((الراهن))) بِقَدْرِهِ وَإِنْ كان في مَوْضِعٍ يَلْحَقُهُ الْمُؤْنَةُ في الْإِحْضَارِ لَا يُؤْمَرُ الْمُرْتَهِنُ بِالْإِحْضَارِ أَوَّلًا بَلْ يُؤْمَرُ الرَّاهِنُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ أَوَّلًا إنْ كان مُقِرًّا أَنَّ الرَّهْنَ قَائِمٌ ليس بِهَالِكٍ وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ هَالِكٌ وقال الْمُرْتَهِنُ هو قَائِمٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ مع يَمِينِهِ فإذا حَلَفَ يُؤْمَرُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْبَيْعَ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ وَمَبْنَى الْمُعَاوَضَةِ على الْمُسَاوَاةِ وَلَا تَتَحَقَّقُ الْمُسَاوَاةُ إلَّا بِالْإِحْضَارِ على ما مَرَّ بِخِلَافِ الرَّهْنِ فإنه عَقْدٌ ليس بِمُعَاوَضَةٍ بَلْ هو عَقْدُ أَمَانَةٍ بِمَنْزِلَةِ عَقْدِ الْوَدِيعَةِ كان الْمَرْهُونَ أَمَانَةٌ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ إلَّا أَنَّهُ إذَا هَلَكَ يَسْقُطُ الدَّيْنُ عن الرَّاهِنِ لَا لِكَوْنِهِ مَضْمُونًا بَلْ لِمَعْنًى آخَرَ على ما عُرِفَ وإذا لم يَكُنْ مُعَاوَضَةً لم يَكُنْ الدَّيْنُ عِوَضًا عن الرَّهْنِ فَلَا يَلْزَمُ تَحْقِيقُ الْمُسَاوَاةِ بَيْنَهُمَا بِإِحْضَارِ الرَّهْنِ إذَا كان بِحَيْثُ تَلْحَقُهُ الْمُؤْنَةُ بِالْإِحْضَارِ

وَلَوْ تَبَايَعَا عَيْنًا بِعَيْنٍ سَلَّمَا مَعًا لِمَا ذَكَرْنَا إن الْمُسَاوَاةَ في عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ مَطْلُوبَةٌ لِلْمُتَعَاوِضَيْنِ عَادَةً وَتَحْقِيقُ الْمُسَاوَاةِ هَهُنَا في التَّسْلِيمِ مَعًا وَلِأَنَّ تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ مُسْتَحَقٌّ وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بِتَقْدِيمِ التَّسْلِيمِ أَوْلَى من الْآخَرِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعٌ فَيُسَلِّمَانِ مَعًا

وَكَذَا لو تَبَايَعَا دَيْنًا بِدَيْنٍ سَلَّمَا معا تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ التي هِيَ مُقْتَضَى الْمُعَاوَضَاتِ الْمُطْلَقَةِ وَلِاسْتِوَاءِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا في اسْتِحْقَاقِ التَّسْلِيمِ بِخِلَافِ ما إذَا تَبَايَعَا عَيْنًا بِدَيْنٍ لِأَنَّ الدَّيْنَ لَا يَصِيرُ عَيْنًا إلَّا بِالْقَبْضِ فَلَا تَتَحَقَّقُ الْمُسَاوَاةُ إلَّا بِتَسْلِيمِهِ أَوَّلًا على ما بَيَّنَّا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ وَمِنْهَا أَنَّ هَلَاكَ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ يُوجِبُ انْفِسَاخَ الْبَيْعِ

وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْمَبِيعَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ أَصْلًا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ تَبَعًا وهو الزَّوَائِدُ الْمُتَوَلِّدَةُ من الْمَبِيعِ فَإِنْ كان أَصْلًا فَلَا يَخْلُو إمَّا إنْ هَلَكَ كُلُّهُ وَإِمَّا إنْ هَلَكَ بَعْضُهُ وَلَا يَخْلُو إمَّا إنْ هَلَكَ قبل الْقَبْضِ وَإِمَّا إنْ هَلَكَ بَعْدَهُ وَكُلُّ ذلك لَا يَخْلُو إمَّا إنْ هَلَكَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ وَإِمَّا إن هَلَكَ بِفِعْلِ الْبَائِعِ أو بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي أو بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ فَإِنْ هَلَكَ كُلُّهُ قبل الْقَبْضِ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ انْفَسَخَ الْبَيْعُ لِأَنَّهُ لو بَقِيَ أَوْجَبَ مُطَالَبَةَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ

وإذا طَالَبَهُ بِالثَّمَنِ فَهُوَ يُطَالِبُهُ بِتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ وَأَنَّهُ عَاجِزٌ عن التَّسْلِيمِ فَتَمْتَنِعُ الْمُطَالَبَةُ أَصْلًا فلم يَكُنْ في بَقَاءِ الْبَيْعِ فَائِدَةٌ فَيَنْفَسِخُ وإذا انْفَسَخَ الْبَيْعُ سَقَطَ الثَّمَنُ عن الْمُشْتَرِي لِأَنَّ انْفِسَاخَ الْبَيْعِ ارْتِفَاعُهُ من الْأَصْلِ كَأَنْ لم يَكُنْ

وَكَذَا إذَا هَلَكَ بِفِعْلِ الْمَبِيعِ بِأَنْ كان حَيَوَانًا فَقَتَلَ نَفْسَهُ لِأَنَّ فِعْلَهُ على نَفْسِهِ هَدَرٌ فَكَأَنَّهُ هَلَكَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ وَكَذَا إذَا هَلَكَ بِفِعْلِ الْبَائِعِ يَبْطُلُ الْبَيْعُ وَيَسْقُطُ الثَّمَنُ عن الْمُشْتَرِي عِنْدَنَا

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَبْطُلُ وَعَلَى الْبَائِعِ ضَمَانُ الْقِيمَةِ أو الْمِثْلِ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا مَمْلُوكًا لِلْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَيَجِبُ عليه ضَمَانُ الْمِثْلِ أو الْقِيمَةِ كما لو أَتْلَفَهُ بَعْدَ الْقَبْضِ وَلَا فَرْقَ سِوَى أَنَّ الْمَبِيعَ قبل الْقَبْضِ في يَدِهِ وَهَذَا لَا يَمْنَعُ وُجُوبَ الضَّمَانِ كَالْمُرْتَهِنِ إذَا أَتْلَفَ الْمَرْهُونَ في يَدِهِ

وَلَنَا أَنَّ الْمَبِيعَ في يَدِ الْبَائِعِ مَضْمُونٌ بِأَحَدِ الضَّمَانَيْنِ وهو الثَّمَنُ أَلَا تَرَى لو هَلَكَ في يَدِهِ سَقَطَ الثَّمَنُ عن الْمُشْتَرِي فَلَا يَكُونُ مَضْمُونًا بِضَمَانٍ آخَرَ إذْ الْمَحَلُّ الْوَاحِدُ لَا يَقْبَلُ الضَّمَانَيْنِ بِخِلَافِ الرَّهْنِ

فإن الْمَضْمُونَ بِالرَّهْنِ على الْمُرْتَهِنِ مَعْنَى الْمَرْهُونِ لَا عَيْنُهُ بَلْ عَيْنُهُ أَمَانَةٌ حتى كان كَفَنُهُ وَنَفَقَتُهُ على الرَّاهِنِ وَالْمَضْمُونُ بِالْإِتْلَافِ عَيْنُهُ فَإِيجَابُ ضَمَانِ الْقِيمَةِ لَا يُؤَدِّي إلَى كَوْنِ الْمَحَلِّ الْوَاحِدِ مَضْمُونًا بِضَمَانَيْنِ لِاخْتِلَافِ مَحَلِّ الضَّمَانِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَسَوَاءٌ كان الْبَيْعُ بَاتًّا أو بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِأَنَّ الْمَبِيعَ في يَدِ

الْبَائِعِ مَضْمُونٌ بِالثَّمَنِ في الْحَالَيْنِ فَيُمْنَعُ كَوْنُهُ مَضْمُونًا بِضَمَانٍ آخَرَ
وَإِنْ هَلَكَ بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي لَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ وَعَلَيْهِ الثَّمَنُ لِأَنَّهُ بِالْإِتْلَافِ صَارَ قَابِضًا كُلَّ الْمَبِيعِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ إتْلَافُهُ إلَّا بَعْدَ إثْبَاتِ يَدِهِ عليه وهو مَعْنَى الْقَبْضِ فَيَتَقَرَّرُ عليه الثَّمَنُ وَسَوَاءٌ كان الْبَيْعُ بَاتًّا أو بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّ خِيَارَ الْمُشْتَرِي لَا يَمْنَعُ زَوَالَ الْبَيْعِ عن مِلْكِ الْبَائِعِ بِلَا خِلَافٍ فَلَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ فَلَا يَمْنَعُ تَقَرُّرَ الثَّمَنِ
وَإِنْ كان الْبَيْعُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِلْبَائِعِ أو كان الْبَيْعُ فَاسِدًا فَعَلَيْهِ ضَمَانُ مِثْلِهِ إنْ كان مِمَّا له مِثْلٌ وَإِنْ كان مِمَّا لَا مِثْلَ له فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِأَنَّ خِيَارَ الْبَائِعِ يَمْنَعُ زَوَالَ السِّلْعَةِ عن مِلْكِهِ بِلَا خِلَافٍ فَكَانَ الْمَبِيعُ على حُكْمِ مِلْكِ الْبَائِعِ وَمِلْكُهُ مَضْمُونٌ بِالْمِثْلِ أو الْقِيمَةِ
وَكَذَا الْمَبِيعُ بَيْعًا فَاسِدًا مَضْمُونٌ بِالْمِثْلِ أو الْقِيمَةِ وَإِنْ هَلَكَ بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ لَا شَكَّ فيه لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا مَمْلُوكًا لِغَيْرِهِ بِغَيْرِ إذْنِهِ وَلَا يَدَ له عليه فَيَكُونُ مَضْمُونًا عليه بِالْمِثْلِ أو الْقِيمَةِ وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ فَيَعُودُ الْمَبِيعُ إلَى مِلْكِ الْبَائِعِ فَيَتْبَعُ الْجَانِيَ فَيُضَمِّنُهُ

(5/238)

مثله إنْ كان من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ وَقِيمَتَهُ إنْ لم يَكُنْ من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ وَإِنْ شَاءَ اخْتَارَ الْبَيْعَ فَاتَّبَعَ الْجَانِيَ بِالضَّمَانِ وَاتَّبَعَهُ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ لِأَنَّ الْمَبِيعَ قد تَعَيَّنَ في ضَمَانِ الْبَائِعِ لِأَنَّهُ كان عَيْنًا فَصَارَ قِيمَةً وَتَعَيُّنُ الْمَبِيعِ في ضَمَانِ الْبَائِعِ يُوجِبُ الْخِيَارَ
ثُمَّ إنْ اخْتَارَ الْفَسْخَ وَفَسَخَ وَاتَّبَعَ الْبَائِعُ الْجَانِيَ بِالضَّمَانِ وَضَمَّنَهُ يُنْظَرُ إنْ كان الضَّمَانُ من جِنْسِ الثَّمَنِ وَفِيهِ فَضْلٌ على الثَّمَنِ لَا يَطِيبُ له الْفَضْلُ لِأَنَّ الْفَضْلَ رِبْحُ ما لم يُمْلَكْ لِزَوَالِ الْمَبِيعِ عن مِلْكِهِ بِنَفْسِ الْبَيْعِ وَرِبْحُ ما لم يُضْمَنْ لَا يَطِيبُ لِنَهْيِ النبي عن رِبْحِ ما لم يُضْمَنْ وَلِمَا فيه من شُبْهَةِ الرِّبَا فَرِبْحُ ما لم يُضْمَنْ أَوْلَى وَإِنْ كان الضَّمَانُ من خِلَافِ جِنْسِ الثَّمَنِ طَابَ الْفَضْلُ لِأَنَّ الرِّبَا لَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ وَإِنْ اخْتَارَ الْبَيْعَ وَاتَّبَعَ الْجَانِيَ بِالضَّمَانِ وَضَمَّنَهُ فَإِنْ كان الضَّمَانُ من جِنْسِ الثَّمَنِ لَا يَطِيبُ له الْفَضْلُ لِأَنَّهُ رِبْحُ ما لم يُضْمَنْ في حَقِّهِ لَا رِبْحُ ما لم يُمْلَكْ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مِلْكُهُ وَإِنْ كان من خِلَافِ جِنْسِهِ طَابَ الْفَضْلُ له لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ كان المشتري عَبْدًا فَقَتَلَهُ أَجْنَبِيٌّ قبل الْقَبْضِ فَإِنْ كان الْقَتْلُ خَطَأً لَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ وَلِلْمُشْتَرِي خِيَارُ الْفَسْخِ وَالْبَيْعِ لِمَا قُلْنَا إلَّا أَنَّ هَهُنَا إذَا اخْتَارَ الْفَسْخَ وَفَسَخَ الْبَيْعَ اتَّبَعَ الْبَائِعُ عَاقِلَةَ الْقَاتِلِ فَأَخَذَ قِيمَتَهُ في ثَلَاثِ سِنِينَ وَإِنْ اخْتَارَ الْمَبِيعَ اتَّبَعَ الْعَاقِلَةَ بِقِيمَتِهِ في ثَلَاثِ سِنِينَ
وَلَوْ كان الْقَتْلُ عَمْدًا اخْتَلَفُوا فيه على ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ قال أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ إنَّ الْمُشْتَرِيَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَقْتَصَّ الْقَاتِلَ بِعَبْدِهِ وَإِنْ شَاءَ اخْتَارَ الْبَيْعَ وَلَهُ أَنْ يَقْتَصَّ الْقَاتِلَ بِعَبْدِهِ وَعَلَيْهِ جَمِيعُ الثَّمَنِ
وقال أبو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ وَيَعُودُ الْمَبِيعُ إلَى مِلْكِ الْبَائِعِ وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يَقْتَصَّ وَلَكِنَّهُ يَأْخُذُ من مَالِ الْقَاتِلِ الْقِيمَةَ في ثَلَاثِ سِنِينَ وَإِنْ شَاءَ اخْتَارَ الْبَيْعَ وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَقْتَصَّ وَعَلَيْهِ جَمِيعُ الثَّمَنِ
وقال مُحَمَّدٌ لَا قِصَاصَ على الْقَاتِلِ بِحَالٍ وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ فَسَخَ

الْبَيْعَ وَالْبَائِعُ يَأْخُذُ الْقِيمَةَ من الْقَاتِلِ في ثَلَاثِ سِنِينَ وَإِنْ شَاءَ اخْتَارَ الْبَيْعَ وَاتَّبَعَ الْقَاتِلَ بِالْقِيمَةِ في ثَلَاثِ سِنِينَ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْعَبْدَ لم يَكُنْ على مِلْكِ الْبَائِعِ وَقْتَ الْقَتْلِ بَلْ كان على مِلْكِ الْمُشْتَرِي فلم يَنْعَقِدْ السَّبَبُ مُوجِبًا لِلْقِصَاصِ لِلْبَائِعِ وَمِلْكُ الْمُشْتَرِي لم يَكُنْ مُسْتَقِرًّا بَلْ كان مُحْتَمِلًا لِلْعَوْدِ إلَى مِلْكِ الْبَائِعِ بِالْفَسْخِ فَلَا تَثْبُتُ وِلَايَةُ الِاقْتِصَاصِ لِأَحَدِهِمَا
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا سَبِيلَ إلَى إثْبَاتِ وِلَايَةِ الِاقْتِصَاصِ لِلْبَائِعِ لِمَا قَالَهُ مُحَمَّدٌ وهو أَنَّ الْقَتْلَ صَادَفَ مَحَلًّا ليس بِمَمْلُوكٍ لِلْبَائِعِ عِنْدَ الْقَتْلِ فَأَمَّا الْمِلْكُ فَثَابِتٌ لِلْمُشْتَرِي وَقْتَ الْقَتْلِ وقد لَزِمَ وَتَقَرَّرَ بِاخْتِيَارِ الْمُشْتَرِي فَتَثْبُتُ له وِلَايَةُ الِاسْتِيفَاءِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ أَمْكَنَ الْقَوْلُ بِثُبُوتِ وِلَايَةِ الِاسْتِيفَاءِ لَهُمَا على اعْتِبَارِ اخْتِيَارِ الْفَسْخِ وَعَلَى اعْتِبَارِ اخْتِيَارِ الْبَيْعِ
أَمَّا على اعْتِبَارِ اخْتِيَارِ الْبَيْعِ فَلِمَا قَالَهُ أبو يُوسُفَ وَأَمَّا على اعْتِبَارِ اخْتِيَارِ الْفَسْخِ فَلِأَنَّ فَسْخَ الْعَقْدِ رَفْعُهُ من الْأَصْلِ وَجَعْلُهُ كَأَنْ لم يَكُنْ
فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْجِنَايَةَ وَرَدَتْ على مِلْكِ الْبَائِعِ فتثبت (((فثبتت))) له وِلَايَةُ الِاقْتِصَاصِ
هذا إذَا هَلَكَ الْمَبِيعُ كُلُّهُ قبل الْقَبْضِ فَأَمَّا إذَا هَلَكَ كُلُّهُ بعض الْقَبْضِ فَإِنْ هَلَكَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أو بِفِعْلِ الْمَبِيعِ أو بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي لَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ وَالْهَلَاكُ على الْمُشْتَرِي وَعَلَيْهِ الثَّمَنُ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَقَرَّرَ بِقَبْضِ الْمَبِيعِ فَتَقَرَّرَ الثَّمَنُ وَكَذَلِكَ إنْ هَلَكَ بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ لِمَا قُلْنَا وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي على الْأَجْنَبِيِّ بِضَمَانِهِ وَيَطِيبُ له الْفَضْلُ لِأَنَّ هذا الْفَضْلَ رِبْحُ ما قد ضُمِنَ
وَإِنْ هَلَكَ بِفِعْلِ الْبَائِعِ يُنْظَرُ إنْ كان الْمُشْتَرِي قَبَضَهُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ أو بِغَيْرِ إذْنِهِ لَكِنَّ الثَّمَنَ مَنْقُودٌ أو مُؤَجَّلٌ فَاسْتِهْلَاكُهُ وَاسْتِهْلَاكُ الْأَجْنَبِيِّ سَوَاءٌ وَإِنْ كان قَبَضَهُ بِغَيْرِ إذْنِ الْبَائِعِ صَارَ مُسْتَرِدًّا لِلْبَيْعِ بِالِاسْتِهْلَاكِ فَحَصَلَ الِاسْتِهْلَاكُ في ضَمَانِهِ فَيُوجِبُ بُطْلَانَ الْبَيْعِ وَسُقُوطَ الثَّمَنِ كما لو اُسْتُهْلِكَ وهو في يَدِهِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ هذا إذَا هَلَكَ كُلُّ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ أو بَعْدَهُ
فَأَمَّا إذَا هَلَكَ بَعْضُهُ فَإِنْ كان قبل الْقَبْضِ وَهَلَكَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ يُنْظَرُ إنْ كان النُّقْصَانُ نُقْصَانَ قَدْرٍ بِأَنْ كان مَكِيلًا أو مَوْزُونًا أو مَعْدُودًا يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بِقَدْرِ الْهَالِكِ وَتَسْقُطُ حِصَّتُهُ من الثَّمَنِ لِأَنَّ كُلَّ قَدْرٍ من الْمُقَدَّرَاتِ مَعْقُودٌ عليه فَيُقَابِلُهُ شَيْءٌ من الثَّمَنِ وَهَلَاكُ كل الْمَعْقُودِ عليه يُوجِبُ انْفِسَاخَ الْبَيْعِ في الْكُلِّ وَسُقُوطَ كل الثَّمَنِ
فَهَلَاكُ بَعْضِهِ يُوجِبُ انْفِسَاخَ الْبَيْعِ وَسُقُوطَ الثَّمَنِ بِقَدْرِهِ
وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ في الْبَاقِي إنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ قد تَفَرَّقَتْ عليه
وَإِنْ كان النُّقْصَانُ نُقْصَانَ وَصْفٍ وهو كُلُّ ما يَدْخُلُ في الْبَيْعِ من غَيْرِ تَسْمِيَةٍ كَالشَّجَرِ وَالْبِنَاءِ في الْأَرْضِ وَأَطْرَافِ الْحَيَوَانِ وَالْجَوْدَةِ في الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ لَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ

أَصْلًا وَلَا يَسْقُطُ عن الْمُشْتَرِي شَيْءٌ من الثَّمَنِ
لِأَنَّ الْأَوْصَافَ لَا حِصَّةَ لها من الثَّمَنِ إلَّا إذَا وَرَدَ عليها الْقَبْضُ أو الْجِنَايَةُ لِأَنَّهَا

تَصِيرُ مَقْصُودَةً بِالْقَبْضِ وَالْجِنَايَةِ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِتَعَيُّبِ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ
وَإِنْ هَلَكَ بِفِعْلِ الْمَبِيعِ بِأَنْ جَرَحَ نَفْسَهُ لَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ وَلَا يَسْقُطُ عن الْمُشْتَرِي شَيْءٌ من الثَّمَنِ لِأَنَّ جِنَايَتَهُ على نَفْسِهِ هَدَرٌ فَصَارَ كما لو هَلَكَ بَعْضُهُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ وَهَلَاكُ بَعْضِهِ نُقْصَانُ الْوَصْفِ وَالْأَوْصَافُ لَا تُقَابَلُ بِالثَّمَنِ فَلَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من الثَّمَنِ وَلَكِنَّ الْمُشْتَرِيَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِتَغَيُّرِ الْمَبِيعِ
وَلَوْ كان الْمشترى حَيَوَانَيْنِ سِوَى بَنِي آدَمَ فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ قبل الْقَبْضِ تَسْقُطُ حِصَّتُهُ من الثَّمَنِ وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَ الْبَاقِيَ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِأَنَّ فِعْلَ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ فَكَأَنَّهُ اشْتَرَى حَيَوَانَيْنِ ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا قبل الْقَبْضِ حَتْفَ أَنْفِهِ
وَلَوْ كان الْمشترى عَبْدَيْنِ فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ قبل الْقَبْضِ أو كانت جَارِيَةً فَوَلَدَتْ قبل الْقَبْضِ فَكَبِرَ الْوَلَدُ ثُمَّ قَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ قبل الْقَبْضِ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ في الْبَاقِي وَبَطَلَتْ الْجِنَايَةُ لِأَنَّ الْفَسْخَ إعَادَةٌ إلَى مِلْكِ الْبَائِعِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْقَتْلَ حَصَلَ في مِلْكِ الْبَائِعِ فَبَطَلَ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْقَاتِلَ مِنْهُمَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَلَا يَسْقُطُ عن الْمُشْتَرِي شَيْءٌ من الثَّمَنِ لِأَنَّهُ لو أَخَذَهُ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ لَصَارَ آخِذًا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ في الِانْتِهَاءِ فَيُخَيَّرُ في الِابْتِدَاءِ قَصْرًا لِلْمَسَافَةِ إنْ شَاءَ أَخَذَ الْحَيَّ مِنْهُمَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ
بيان (((وبيان))) ذلك أَنَّهُ لو أَخَذَ الْقَاتِلَ مِنْهُمَا بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ لَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ في الْمَقْتُولِ وَانْفِسَاخُ الْبَيْعِ ارْتِفَاعُهُ من الْأَصْلِ وَعَوْدُهُ إلَى مِلْكِ الْبَائِعِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ عَبْدَ الْمُشْتَرِي قَتَلَ عَبْدَ الْبَائِعِ فَيُخَاطَبُ بِالدَّفْعِ أو بِالْفِدَاءِ وَأَيُّهُمَا فَعَلَ قام مَقَامَ الْمَقْتُولِ فَيَحْيَا الْمَقْتُولُ مَعْنًى فَيَأْخُذُهُ بِبَقِيَّةِ الثَّمَنِ فَصَارَ في أَخْذِ الْبَاقِي مِنْهُمَا بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ في الْحَالِ آخِذًا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ في الْمَآلِ فَخَيَّرْنَاهُ في الِابْتِدَاءِ لِلْأَخْذِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَالْفَسْخِ هذا
وَإِنْ هَلَكَ بِفِعْلِ الْبَائِعِ يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِقَدْرِهِ وَيَسْقُطُ عن الْمُشْتَرِي حِصَّةُ الْهَالِكِ من الثَّمَنِ وهو قَدْرُ النُّقْصَانِ اعْتِبَارًا لِلْبَعْضِ بِالْكُلِّ سَوَاءٌ كان النُّقْصَانُ نُقْصَانَ قِيمَةٍ أو نُقْصَانَ وَصْفٍ لِأَنَّ الْأَوْصَافَ لها حِصَّةٌ من الثَّمَنِ عِنْدَ وُرُودِ الْجِنَايَةِ عليها لِأَنَّهَا تَصِيرُ أَصْلًا بِالْفِعْلِ فَتُقَابَلُ بِالثَّمَنِ وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ في الْبَاقِي إنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ عليه
وَلَوْ اخْتَارَ الْمُشْتَرِي الْأَخْذَ فلم يَقْبِضْهُ حتى مَاتَ من تِلْكَ الْجِنَايَةِ أو من غَيْرِهَا مَاتَ على الْبَائِعِ وَيَسْقُطُ الثَّمَنُ عن الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْمَبِيعَ إنَّمَا يَدْخُلُ في ضَمَانِ الْمُشْتَرِي بِالْقَبْضِ ولم يُوجَدْ فَإِنْ قَبَضَهُ الْمُشْتَرِي فَمَاتَ من جِنَايَةِ الْبَائِعِ أو غَيْرِهَا سَقَطَتْ عن الْمُشْتَرِي حِصَّةُ جِنَايَةِ الْبَائِعِ وَلَزِمَهُ ما بَقِيَ من الثَّمَنِ
أَمَّا إذَا مَاتَ من الْجِنَايَةِ فَلِأَنَّ قَبْضَ الْبَاقِي وُجِدَ من الْمُشْتَرِي فَتَقَرَّرَ قَبْضُهُ فَتَقَرَّرَ عليه ثَمَنُهُ
وَكَذَا إذَا مَاتَ من جِنَايَةِ الْبَائِعِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ قَبَضَ الْبَاقِيَ حَقِيقَةً وَقَبْضُ الْمَبِيعِ يُوجِبُ تَقَرُّرَ الثَّمَنِ في الْأَصْلِ إلَّا إذَا وُجِدَ من الْبَائِعِ ما يُنْقِصُهُ فَيَصِيرُ مُسْتَرِدًّا وَالسِّرَايَةُ لَيْسَتْ فِعْلَهُ حَقِيقَةً وَإِنَّمَا هِيَ صُنْعُ اللَّهِ تَعَالَى يَعْنِي مصنوعه فَبَقِيَ الْمَقْبُوضُ على حُكْمِ قَبْضِ الْمُشْتَرِي فَتَقَرَّرَ عليه ثَمَنُهُ وَلِأَنَّ قَبْضَ الْمُشْتَرِي بِمَنْزِلَةِ إنْشَاءِ الْعَقْدِ فيه لِأَنَّ لِلْقَبْضِ شِبْهًا بِالْعَقْدِ وَإِنْشَاءُ الشِّرَاءِ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ كما لو اشْتَرَاهُ منه بَعْدَ جِنَايَتِهِ وَقَبَضَهُ ثُمَّ سَرَتْ إلَى النَّفْسِ وَمَاتَ فَكَذَلِكَ الْقَبْضُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وإذا هَلَكَ بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ وَلَا يَسْقُطُ عنه شَيْءٌ من الثَّمَنِ لِأَنَّهُ صَارَ قَابِضًا لِلْكُلِّ بِإِتْلَافِ الْبَعْضِ أو لَا يَتَمَكَّنُ من إتْلَافِ الْبَعْضِ إلَّا بِإِثْبَاتِ الْيَدِ

على الْكُلِّ وهو تَفْسِيرُ الْقَبْضِ أو صَارَ قَابِضًا قَدْرَ الْمُتْلَفِ بِالْإِتْلَافِ والناقي (((والباقي))) بِالتَّعْيِيبِ فَتَقَرَّرَ عليه كُلُّ الثَّمَنِ
وَلَوْ مَاتَ في يَدِ الْبَائِعِ بَعْدَ جِنَايَةِ الْمُشْتَرِي يُنْظَرُ إنْ مَاتَ مِن تِلْكَ الْجِنَايَةِ مَاتَ على الْمُشْتَرِي وَعَلَيْهِ الثَّمَنُ لِأَنَّهُ لَمَّا مَاتَ من جِنَايَتِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ فِعْلَهُ السَّابِقَ وَقَعَ إتْلَافًا لِلْكُلِّ فَتَقَرَّرَ عليه كُلُّ الثَّمَنِ سَوَاءٌ مَنَعَهُ الْبَائِعُ بَعْدَ جِنَايَةِ الْمُشْتَرِي أو لم يَمْنَعْهُ لِأَنَّ مَنْعَ الْبَائِعِ بَعْدَ وُجُودِ الْإِتْلَافِ من الْمُشْتَرِي هَدَرٌ
وَإِنْ مَاتَ من غَيْرِ الْجِنَايَةِ فَإِنْ كان الْبَائِعُ لم يَمْنَعْهُ مَاتَ مِن مَالِ الْمُشْتَرِي أَيْضًا وَعَلَيْهِ كُلُّ الثَّمَنِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ بِالْجِنَايَةِ صَارَ قَابِضًا لِكُلِّ الْمَبِيعِ ولم يُوجَدْ ما يَنْقُضُ قَبْضَهُ فَبَقِيَ حُكْمُ ذلك الْقَبْضِ
وَإِنْ كان مَنَعَهُ لَزِمَ الْمُشْتَرِي حِصَّةُ ما اسْتَهْلَكَ وَسَقَطَ عنه ثَمَنُ ما بَقِيَ لِأَنَّ الْبَائِعَ لَمَّا مَنَعَ فَقَدْ نَقَضَ قَبْضَ الْمُشْتَرِي في قَدْرِ الْقَائِمِ فَصَارَ مُسْتَرِدًّا إيَّاهُ فإذا هَلَكَ فَقَدْ هَلَكَ في ضَمَانِهِ فَيَهْلِكُ عليه
وَلَوْ جَنَى عليه الْبَائِعُ ثُمَّ جَنَى عليه الْمُشْتَرِي سَقَطَ عن الْمُشْتَرِي حِصَّةُ جِنَايَةِ

(5/240)

الْبَائِعِ لِمَا قُلْنَا وَلَزِمَهُ ثَمَنُ ما بَقِيَ لِأَنَّهُ صَارَ قَابِضًا لِلْبَاقِي بِجِنَايَتِهِ فَتَقَرَّرَ عليه ثَمَنُهُ لِأَنَّ جِنَايَتَهُ دَلِيلُ الرِّضَا بِتَعْيِيبِ الْبَائِعِ فَإِنْ ابْتَدَأَ الْمُشْتَرِي بِالْجِنَايَةِ ثُمَّ جَنَى الْبَائِعُ قبل قَبْضِ الثَّمَنِ فَإِنْ برأ الْعَبْدُ من الْجِنَايَتَيْنِ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَسَقَطَتْ عنه حِصَّةُ جِنَايَةِ الْبَائِعِ من الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ صَارَ قَابِضًا بِالْجِنَايَةِ لَكِنَّ الْجِنَايَةَ فيه قَبْضٌ بِغَيْرِ إذْنِ الْبَائِعِ وَالثَّمَنُ غَيْرُ مَنْقُودٍ فلما جَنَى عليه الْبَائِعُ فَقَدْ اسْتَرَدَّ ذلك الْقَدْرَ فَحَصَلَتْ جِنَايَتُهُ تَعْيِيبًا لِلْمَبِيعِ وَحُدُوثُ الْعَيْبِ في الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ يُوجِبُ الْخِيَارَ فَإِنْ شَاءَ فَسَخَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ وَعَلَيْهِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الثَّمَنِ وَسَقَطَتْ عنه جِنَايَةُ الْبَائِعِ من الثَّمَنِ وهو الرُّبُعُ لِأَنَّ النِّصْفَ هَلَكَ بِجِنَايَةِ الْمُشْتَرِي فَتَقَرَّرَ عليه الثَّمَنُ وَرُبُعٌ منه قَائِمٌ فيأخذه (((يأخذه))) بِثَمَنِهِ أَيْضًا وَالرُّبُعُ هَلَكَ بِجِنَايَةِ الْبَائِعِ قبل الْقَبْضِ فَيَسْقُطُ عنه ثَمَنُهُ
وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ في يَدِ الْبَائِعِ بَعْدَ الْجِنَايَتَيْنِ بِأَنْ كان الْمُشْتَرِي قَطَعَ يَدَهُ ثُمَّ قَطَعَ الْبَائِعُ رِجْلَهُ مِن خِلَافٍ ثُمَّ مَاتَ في يَدِ الْبَائِعِ من الْجِنَايَتَيْنِ فَعَلَى الْمُشْتَرِي خَمْسَةُ أَثْمَانِ الثَّمَنِ وَسَقَطَ عنه ثَلَاثَةُ أَثْمَانِ الثَّمَنِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَمَّا قَطَعَ يَدَهُ فَقَدْ تَقَرَّرَ عليه نِصْفُ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ صَارَ قَابِضًا بِالْقَطْعِ وَلَمَّا قَطَعَ الْبَائِعُ رِجْلَهُ فَقَدْ اسْتَرَدَّ نِصْفَ الْقَائِمِ من الْعَبْدِ وهو الرُّبُعُ فَبَقِيَ هُنَاكَ رُبُعٌ قَائِمٌ من الْعَبْدِ فإذا سَرَتْ الْجِنَايَةُ فَقَدْ هَلَكَ ذلك الرُّبُعُ مِن سِرَايَةِ الْجِنَايَتَيْنِ فَيَنْقَسِمُ ذلك الرُّبُعُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ فَانْكَسَرَ الْحِسَابُ بِالْأَرْبَاعِ فَيُجْعَلُ كُلُّ سَهْمٍ أَرْبَعَةً فَيَصِيرُ ثَمَانِيَةً فَلِذَلِكَ جَعَلْنَا الْحِسَابَ من ثَمَانِيَةٍ فَهَلَكَ بِجِنَايَةِ الْمُشْتَرِي النِّصْفُ وهو أَرْبَعَةٌ وَبِسِرَايَةِ جِنَايَتِهِ سَهْمٌ فَيَتَقَرَّرُ عليهم ثُمُنُهُ فَذَلِكَ خَمْسَةُ أَثْمَانِ الثَّمَنِ وَهَلَكَ بِجِنَايَةِ الْبَائِعِ سَهْمَانِ وَبِسِرَايَةِ جِنَايَتِهِ سَهْمٌ فَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِ الثَّمَنِ يَسْقُطُ عنه
لِأَنَّ هَلَاكَ هذا الْقَدْرِ يَسْقُطُ عنه
وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
هذا إذَا جَنَى الْمُشْتَرِي أَوَّلًا ثُمَّ جَنَى الْبَائِعُ فَبَرَأَتْ الْجِرَاحَةُ أو سَرَتْ

فَأَمَّا إذَا جَنَى الْبَائِعُ أَوَّلًا ثُمَّ الْمُشْتَرِي فَإِنْ برأ الْعَبْدُ فَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي هَهُنَا لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ إقْدَامَهُ على الْجِنَايَةِ بَعْدَ جِنَايَةِ الْبَائِعِ دَلِيلُ الرِّضَا بتعييبه (((بتعيينه))) فَبَطَلَ خِيَارُهُ وَيَلْزَمُهُ ثَمَنُ ما بَقِيَ لِأَنَّهُ صَارَ قَابِضًا لِمَا بَقِيَ

وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ من الْجِنَايَتَيْنِ فَالْجَوَابُ هَهُنَا على الْقَلْبِ من الْجَوَابِ في الْمَسْأَلَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ وهو أَنَّ على الْمُشْتَرِي ثَلَاثَةَ أَثْمَانٍ وَسَقَطَ عنه خَمْسَةُ أَثْمَانِ الثَّمَنِ فَحُكْمُ جِنَايَةِ الْمُشْتَرِي هَهُنَا كَحُكْمِ جِنَايَةِ الْبَائِعِ هُنَاكَ لِمَا ذَكَرْنَا فَافْهَمْ

وَلَوْ كان الثَّمَنُ مَقْبُوضًا وَالْعَبْدُ في يَدِ الْبَائِعِ فَجَنَى عليه الْبَائِعُ يَسْقُطُ عن الْمُشْتَرِي حِصَّتُهُ من الثَّمَنِ أَيْضًا لِمَا ذَكَرْنَا فَإِنْ كان الْمُشْتَرِي جَنَى عليه أَوَّلًا ثُمَّ جَنَى الْبَائِعُ يَلْزَمُ الْبَائِعُ من الْقِيمَةِ ما يَلْزَمُ الْأَجْنَبِيَّ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ صَارَ قَابِضًا بِالْجِنَايَةِ وَلَا يَمْلِكُ الْبَائِعُ نَقْضَ الْقَبْضِ وَالِاسْتِرْدَادَ هَهُنَا لِأَنَّ الثَّمَنَ مَقْبُوضٌ فَصَارَتْ جِنَايَتُهُ وَجِنَايَةُ الْأَجْنَبِيِّ سَوَاءٌ

وَلَوْ كان الْبَائِعُ جَنَى أَوَّلًا ثُمَّ جَنَى الْمُشْتَرِي فما هَلَكَ بِجِنَايَةِ الْبَائِعِ سَقَطَ حِصَّتُهُ من الثَّمَنِ وما هَلَكَ بِسِرَايَةِ جِنَايَتِهِ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِأَنَّ ما هَلَكَ بِجِنَايَتِهِ بَعْدَ جِنَايَةِ الْمُشْتَرِي تَجِبُ قِيمَتُهُ على ما ذَكَرْنَا فَكَذَا ما هَلَكَ بِسِرَايَةِ جِنَايَتِهِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

وَإِنْ هَلَكَ بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ لَا شَكَّ فيه وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ وَاتَّبَعَ الْبَائِعُ الْجَانِيَ بِضَمَانِ ما جَنَى وَإِنْ شَاءَ اخْتَارَ الْبَيْعَ وَاتَّبَعَ الْجَانِيَ بِالضَّمَانِ وَعَلَيْهِ جَمِيعُ الثَّمَنِ وَأَيُّهُمَا اخْتَارَ فَالْحُكْمُ فيه بَعْدَ ذلك على ما ذَكَرْنَا في إتْلَافِ الْأَجْنَبِيِّ كُلَّ الْمَبِيعِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

هذا إذَا هَلَكَ بَعْضُ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ

فَأَمَّا إذَا هَلَكَ بَعْضُ الْمَبِيعِ بَعْدَ الْقَبْضِ فَإِنْ هَلَكَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ أو بِفِعْلِ الْمَبِيعِ أو بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي فَالْهَلَاكُ على الْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْمَبِيعَ خَرَجَ عن ضَمَانِ الْبَائِعِ بِقَبْضِ الْمُشْتَرِي فَتَقَرَّرَ عليه الثَّمَنُ

وَكَذَا إذَا هَلَكَ بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ فَالْهَلَاكُ على الْمُشْتَرِي لِمَا قُلْنَا وَيَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على الْأَجْنَبِيِّ لَا شَكَّ فيه

وَإِنْ هَلَكَ بِفِعْلِ الْبَائِعِ يُنْظَرُ إنْ لم يَكُنْ له حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ لِلْحَبْسِ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ بِأَنْ كان الْمُشْتَرِي قَبَضَهُ بِإِذْنِهِ أو كان الثَّمَنُ مَنْقُودًا أو مُؤَجَّلًا فَهَذَا وما لو أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ سَوَاءٌ وقد ذَكَرْنَا حُكْمَهُ

وَإِنْ كان له حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ بِأَنْ كان قَبَضَهُ بِغَيْرِ إذْنِهِ وَالثَّمَنُ حَالٌ غَيْرُ مَنْقُودٍ يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ في قَدْرِ الْمُتْلَفِ وَيَسْقُطُ عن الْمُشْتَرِي حِصَّتُهُ من الثَّمَنِ لِأَنَّهُ صَارَ مُسْتَرِدًّا لِذَلِكَ الْقَدْرِ بِالْإِتْلَافِ فَتَلِفَ ذلك الْقَدْرُ في ضَمَانِهِ فَيَسْقُطُ قَدْرُهُ من الثَّمَنِ وَلَا يَكُونُ مُسْتَرِدًّا لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ منه إتْلَافُ الْبَاقِي لِأَنَّهُ لو هَلَكَ الْبَاقِي في يَدِ الْمُشْتَرِي فَعَلَيْهِ حِصَّتُهُ من الثَّمَنِ إلَّا إذَا هَلَكَ الْبَاقِي من سِرَايَةِ جِنَايَةِ الْبَائِعِ فَيَصِيرُ مُسْتَرِدًّا وَيَسْقُطُ عن الْمُشْتَرِي جَمِيعُ الثَّمَنِ لِأَنَّ تَلَفَ الْبَاقِي حَصَلَ مُضَافًا إلَى فِعْلِهِ فَصَارَ مُسْتَرِدًّا لِلْكُلِّ فَتَلِفَ الْكُلُّ في ضَمَانِهِ فَيَسْقُطُ كُلُّ الثَّمَنِ

وَلَوْ اخْتَلَفَ

الْبِيَاع وَالْمُشْتَرِي في هَلَاكِ الْمَبِيعِ فقال الْبَائِعُ هَلَكَ بَعْدَ الْقَبْضِ وَلِيَ عَلَيْك الثَّمَنُ
وقال الْمُشْتَرِي هَلَكَ قبل الْقَبْضِ وَلَا ثَمَنَ لَك عَلَيَّ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مع يَمِينِهِ لِأَنَّ الْبَائِعَ يَدَّعِي عليه الْقَبْضَ وَالثَّمَنَ وهو يُنْكِرُ وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّ الْمَبِيعَ كان في يَدِ الْبَائِعِ وَالظَّاهِرُ بَقَاءُ ما كان على ما كان وَالْبَائِعُ يَدَّعِي أَمْرًا عَارِضًا وهو الزَّوَالُ وَالِانْتِقَالُ فَكَانَ الْمُشْتَرِي مُتَمَسِّكًا بِالْأَصْلِ الظَّاهِرِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ
وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ وَلَوْ أَقَامَا جميعا الْبَيِّنَةَ يقضي بِبَيِّنَةِ الْبَائِعِ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ أَمْرًا بِخِلَافِ الظَّاهِرِ وما شُرِعَتْ للبينات (((البينات))) إلَّا لِهَذَا وَلِأَنَّهَا أَكْثَرُ إظْهَارًا لِأَنَّهَا تُظْهِرُ الْقَبْضَ وَالثَّمَنَ فَكَانَتْ أَوْلَى بِالْقَبُولِ
وَكَذَلِكَ لو اخْتَلَفَا في الِاسْتِهْلَاكِ فَادَّعَى الْبَائِعُ على الْمُشْتَرِي إنه اسْتَهْلَكَهُ وَادَّعَى الْمُشْتَرِي على الْبَائِعِ أَنَّهُ اسْتَهْلَكَهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي لِمَا قُلْنَا هذا إذَا لم يَكُنْ لِلْبَيِّنَتَيْنِ تَارِيخٌ
فَأَمَّا إذَا كان لَهُمَا تَارِيخٌ وَتَارِيخُ أحدهما (((إحداهما))) أَسْبَقُ فَالْأَسْبَقُ أَوْلَى بِالْهَلَاكِ وَالِاسْتِهْلَاكِ جميعا
هذا إذَا لم يَكُنْ قَبْضُ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ ظَاهِرًا فَأَمَّا إذَا كان ظَاهِرًا فَادَّعَيَا الِاسْتِهْلَاكَ فَإِنْ لم يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ له لِأَنَّ الْمَبِيعَ في يَدِ الْمُشْتَرِي وَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ وَإِنْ أَقَامَا جميعا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ هو الْمُدَّعِي
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَدَّعِي أَمْرًا بَاطِنًا لِيُزِيلَ بِهِ ظَاهِرًا وهو الِاسْتِهْلَاكُ من الْبَائِعِ وَالْمَبِيعُ في يَدِهِ وَكَذَا الْمُشْتَرِي لوترك الدَّعْوَى يُتْرَكُ وَلَا يُجْبَرُ عليها وَالْبَائِعُ لو تَرَكَ الدَّعْوَى لَا يُتْرَكُ بَلْ يُجْبَرُ عليها وَهَذِهِ عِبَارَةُ مَشَايِخِنَا في تَحْدِيدِ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عليه وإذا قَامَتْ بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي يُنْظَرُ إنْ كان في مَوْضِعٍ لِلْبَائِعِ حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ لِلْحَبْسِ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ بِأَنْ كان الْمُشْتَرِي قَبَضَهُ بِغَيْرِ إذْنِ الْبَائِعِ وَالثَّمَنُ حَالٌّ غَيْرُ مَنْقُودٍ يَسْقُطُ الثَّمَنُ عن الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ بِالِاسْتِهْلَاكِ صَارَ مُسْتَرِدًّا وَانْفَسَخَ الْبَيْعُ وَإِنْ كان في مَوْضِعٍ ليس له حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ لِلْحَبْسِ بِأَنْ كان الْمُشْتَرِي قَبَضَ الْمَبِيعَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ أو بِغَيْرِ إذْنِهِ لَكِنَّ الثَّمَنَ مَنْقُودٌ أو مُؤَجَّلٌ فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يُضَمِّنَ الْبَائِعَ قِيمَةَ الْمَبِيعِ لِأَنَّهُ إذَا لم يَكُنْ له حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ لم يَكُنْ بِالِاسْتِهْلَاكِ مُسْتَرِدًّا وَلَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ فَلَا يَحْصُلُ الِاسْتِهْلَاكُ في ضَمَانِ الْبَائِعِ فَتَلْزَمُهُ الْقِيمَةُ كما لو اسْتَهْلَكَهُ أَجْنَبِيٌّ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَلَوْ اشْتَرَى بِفُلُوسٍ نَافِقَةٍ ثُمَّ كَسَدَتْ قبل الْقَبْضِ انْفَسَخَ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَعَلَى الْمُشْتَرِي رَدُّ الْمَبِيعِ إنْ كان قَائِمًا وَقِيمَتِهِ أو مِثْلِهِ إنْ كان هَالِكًا وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ وَالْبَائِعُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ قِيمَةَ الْفُلُوسِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْفُلُوسَ في الذِّمَّةِ وما في الذِّمَّةِ لَا يَحْتَمِلُ الْهَلَاكَ فَلَا يَكُونُ الْكَسَادُ هَلَاكًا بَلْ يَكُونُ عَيْبًا فيها فَيُوجِبُ الْخِيَارَ إنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ قِيمَةَ الْفُلُوسِ كما إذَا كان الثمر (((الثمن))) رُطَبًا فَانْقَطَعَ قبل الْقَبْضِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْفُلُوسَ بِالْكَسَادِ خَرَجَتْ عن كَوْنِهَا ثَمَنًا لِأَنَّ ثَمَنِيَّتَهَا ثَبَتَتْ بِاصْطِلَاحِ الناس فإذا تَرَكَ الناس التَّعَامُلَ بها عَدَدًا فَقَدْ زَالَ عنها صِفَةُ الثَّمَنِيَّةِ وَلَا بَيْعَ بِلَا ثَمَنٍ فَيَنْفَسِخُ ضَرُورَةً وَلَوْ لم تَكْسُدْ وَلَكِنَّهَا رَخُصَتْ قِيمَتُهَا أو غَلَتْ لَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ بِالْإِجْمَاعِ وَعَلَى الْمُشْتَرِي أَنْ يَنْقُدَ مِثْلَهَا عَدَدًا وَلَا يَلْتَفِتُ إلَى الْقِيمَةِ هَهُنَا لِأَنَّ الرُّخْصَ أو الْغَلَاءَ لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ الثَّمَنِيَّةِ
أَلَا تَرَى أَنَّ الدَّرَاهِمَ قد تَرْخُصُ وقد تَغْلُو وَهِيَ على حَالِهَا أَثْمَانٌ ثُمَّ اخْتَلَفَ أبو

يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِيمَا بَيْنَهُمَا في وَقْتِ اعْتِبَارِ الْقِيمَةِ فَاعْتَبَرَ أبو يُوسُفَ وَقْتَ الْعَقْدِ لِأَنَّهُ وَقْتُ وُجُوبِ الثَّمَنِ وَاعْتَبَرَ مُحَمَّدٌ وَقْتَ الْكَسَادِ وهو آخِرُ يَوْمٍ تَرَكَ الناس التَّعَامُلَ بها لِأَنَّهُ وَقْتُ الْعَجْزِ عن التَّسْلِيمِ وَلَوْ اسْتَقْرَضَ فُلُوسًا نَافِقَةً وَقَبَضَهَا فَكَسَدَتْ فَعَلَيْهِ رَدُّ مِثْلِ ما قَبَضَ من الْفُلُوسِ عَدَدًا في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وفي قَوْلِ مُحَمَّدٍ عليه قِيمَتُهَا

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْوَاجِبَ بِقَبْضِ الْقَرْضِ رَدُّ مِثْلِ الْمَقْبُوضِ وَبِالْكَسَادِ عَجْزٌ عن رَدِّ الْمِثْلِ لِخُرُوجِهَا عن رَدِّ الثَّمَنِيَّةِ وَصَيْرُورَتِهَا سِلْعَةً فَيَجِبُ عليه قِيمَتُهَا كما لو اسْتَقْرَضَ شيئا من ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ وَقَبَضَهُ ثُمَّ انْقَطَعَ عن أَيْدِي الناس

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ أَثَرَ الْكَسَادِ في بُطْلَانِ الثَّمَنِيَّةِ وَأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الرَّدِّ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو اسْتَقْرَضَهَا بَعْدَ الْكَسَادِ جَازَ ثُمَّ اخْتَلَفَا في وَقْتِ اعْتِبَارِ الْقِيمَةِ على ما ذَكَرْنَا وَلَوْ لم تَكْسُدْ وَلَكِنَّهَا رَخُصَتْ أو غَلَتْ فَعَلَيْهِ رَدُّ مِثْلِ ما قَبَضَ بِلَا خِلَافٍ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ صِفَةَ الثَّمَنِيَّةِ بَاقِيَةٌ

وَلَوْ اشْتَرَى بِدِرْهَمٍ فُلُوسًا وَتَقَابَضَا وَافْتَرَقَا ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ الْفُلُوسُ من يَدِهِ وَأَخَذَهَا الْمُسْتَحِقُّ لَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ لِأَنَّ بِالِاسْتِحْقَاقِ وَإِنْ انْتَقَضَ الْقَبْضُ وَالْتَحَقَ بِالْعَدَمِ فَيَصِيرُ كَأَنَّ الِافْتِرَاقَ حَصَلَ على قَبْضِ الدَّرَاهِمِ دُونَ الْفُلُوسِ وَهَذَا لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ الْعَقْدِ

وَعَلَى بَائِعِ الْفُلُوسِ أَنْ يَنْقُدَ مِثْلَهَا

وَكَذَلِكَ إنْ اُسْتُحِقَّ بَعْضُهَا وَأَخَذَ قَدْرَ الْمُسْتَحَقِّ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ لِمَا قُلْنَا وَعَلَى بَائِعِ الْفُلُوسِ أَنْ يَنْقُدَ مِثْلَ الْقَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ

وَكَذَلِكَ إذَا وَجَدَ الْمُشْتَرِي الْفُلُوسَ من الْفُلُوسِ الْكَاسِدَةِ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ لِأَنَّ قَبْضَ أَحَدِ الْبَدَلَيْنِ فِيمَا لَا يَتَضَمَّنُ يَكْفِي لِبَقَاءِ الْعَقْدِ على الصِّحَّةِ وقد وُجِدَ قَبْضُ أَحَدِهِمَا وهو الدَّرَاهِمُ

وَلَوْ كان الْمُشْتَرِي قَبَضَ الْفُلُوسَ ولم يَنْقُدْ الدَّرَاهِمَ وَافْتَرَقَا ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ الْفُلُوسُ فَالْمُسْتَحِقُّ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَجَازَ نَقْدَ الْبَائِعِ فَيَجُوزُ الْعَقْدُ لِأَنَّ الْإِجَازَةَ اسْتَنَدَتْ إلَى حَالَةِ الْعَقْدِ فَجَازَ النَّقْدُ وَالْعَقْدُ وَيَرْجِعُ الْمُسْتَحِقُّ على بَائِعِ الْفُلُوسِ بِمِثْلِهَا وَيَنْقُدُ الْمُشْتَرِي بالدراهم (((الدراهم))) لِبَائِعِ الْفُلُوسِ وَإِنْ شَاءَ لم يُجِزْ وَأَخَذَ الْفُلُوسَ وَبَطَلَ الْعَقْدُ لِأَنَّهُ لَمَّا يُجِزْ وَأَخَذَ الْفُلُوسَ فَقَدْ انْتَقَضَ الْقَبْضُ وَالْتَحَقَ بِالْعَدَمِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ افْتِرَاقَهُمَا حَصَلَ لَا عن قَبْضٍ أَصْلًا فَبَطَلَ الْعَقْدُ

وَكَذَلِكَ لو اسْتَحَقَّ بَعْضَ الْفُلُوسِ فَحُكْمُ الْبَعْضِ كَحُكْمِ الْكُلِّ وقد ذَكَرْنَاهُ وَلَوْ وَجَدَ الْفُلُوسَ كَاسِدَةً لَا تَرُوجُ بَطَلَ الْعَقْدُ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُمَا افترقا (((تفرقا))) من غَيْرِ قَبْضٍ وَإِنْ وَجَدَهَا تَرُوجُ في بَعْضِ التِّجَارَةِ وَلَا تَرُوجُ في الْبَعْضِ أو يَأْخُذُهَا الْبَعْضُ دُونَ الْبَعْضِ فَحُكْمُهَا حُكْمُ الدَّرَاهِمِ الزَّائِفَةِ إنْ تَجَوَّزَ بها الْمُشْتَرِي جَازَ لِأَنَّهَا من جِنْسِ حَقِّهِ أَصْلًا وَإِنْ لم يَتَجَوَّزْ بها فَالْقِيَاسُ أَنْ يَبْطُلَ الْعَقْدُ في الْمَرْدُودِ قَلَّ أو كَثُرَ وهو قَوْلُ زُفَرَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ إنْ لم يَسْتَبْدِلْ في مَجْلِسِ الرَّدِّ يَبْطُلُ وَإِنْ اسْتَبْدَلَ لَا يَبْطُلُ وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ إنْ كان قَلِيلًا فَاسْتَبْدَلَ لَا يَبْطُلُ وَإِنْ كان كَثِيرًا يَبْطُلُ على ما ذَكَرْنَا في السَّلَمِ وَاَللَّهُ

عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا بَيَانُ صِفَةِ الْحُكْمِ فَلَهُ صِفَتَانِ إحْدَاهُمَا اللُّزُومُ حتى لَا يَنْفَرِدَ أَحَدُ الْعَاقِدَيْنِ بِالْفَسْخِ سَوَاءٌ كان بَعْدَ الِافْتِرَاقِ عن الْمَجْلِسِ أو قَبْلَهُ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَلْزَمُ إلَّا بَعْدَ الِافْتِرَاقِ عن الْمَجْلِسِ وقد ذَكَرْنَا الْكَلَامَ فيه من الْجَانِبَيْنِ فِيمَا تَقَدَّمَ
وَالثَّانِيَةُ الْحُلُولُ وهو ثُبُوتُ الْمِلْكِ في الْبَدَلَيْنِ في الْحَالِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِأَنَّ الْخِيَارَ يَمْنَعُ انْعِقَادَ الْعَقْدِ في حَقِّ الْحُكْمِ فَيَمْنَعُ وُقُوعَهُ تَمْلِيكًا لِلْحَالِ وَبِخِلَافِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ فإن ثُبُوتَ الْمِلْكِ فيه مَوْقُوفٌ على الْقَبْضِ فَيَصِيرُ تَمْلِيكًا عِنْدَهُ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَأَمَّا الْأَحْكَامُ التي هِيَ من التَّوَابِعِ لِلْحُكْمِ الْأَصْلِيِّ لِلْبَيْعِ
فَمِنْهَا وُجُوبُ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ وَالْكَلَامُ في هذا الْحُكْمِ في مَوَاضِعَ
أَحَدُهَا في بَيَانِ وُجُوبِ تَسْلِيمِ الْبَدَلَيْنِ وما هو من تَوَابِعِ تَسْلِيمِهِمَا
وَالثَّانِي في بَيَانِ وَقْتِ وُجُوبِ تَسْلِيمِهِمَا
وَالثَّالِثُ في تَفْسِيرِ التَّسْلِيمِ وَالْقَبْضِ
وَالرَّابِعُ في بَيَانِ ما يَصِيرُ بِهِ الْمُشْتَرِي قَابِضًا لِلْمَبِيعِ من التَّصَرُّفَاتِ وما لَا يَصِيرُ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَتَسْلِيمُ الْبَدَلَيْنِ وَاجِبٌ على الْعَاقِدَيْنِ لِأَنَّ الْعَقْدَ أَوْجَبَ الْمِلْكَ في الْبَدَلَيْنِ وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْمِلْكَ ما ثَبَتَ لِعَيْنِهِ وَإِنَّمَا ثَبَتَ وَسِيلَةً إلَى الِانْتِفَاعِ بِالْمَمْلُوكِ وَلَا يَتَهَيَّأُ الِانْتِفَاعُ بِهِ إلَّا بِالتَّسْلِيمِ فَكَانَ إيجَابُ الْمِلْكِ في الْبَدَلَيْنِ شَرْعًا إيجَابًا لِتَسْلِيمِهِمَا ضَرُورَةً وَلِأَنَّ مَعْنَى الْبَيْعِ لَا يَحْصُلُ إلَّا بِالتَّسْلِيمِ وَالْقَبْضِ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُبَادَلَةٍ وهو مُبَادَلَةُ شَيْءٍ مَرْغُوبٍ بِشَيْءٍ مَرْغُوبٍ وَحَقِيقَةُ الْمُبَادَلَةِ في التَّسْلِيمِ وَالْقَبْضِ لِأَنَّهَا أَخْذُ بَدَلٍ وَإِعْطَاءُ بَدَلٍ وَإِنَّمَا قَوْلُ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وهو الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ جعلا (((جعل))) دَلِيلًا عَلَيْهِمَا وَلِهَذَا كان التَّعَاطِي بَيْعًا عِنْدَنَا على ما ذَكَرْنَا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا تَخْرُجُ أُجْرَةُ الْكَيَّالِ وَالْوَزَّانِ وَالْعَدَّادِ وَالذَّرَّاعِ في بَيْعِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ وَالْمَذْرُوعِ مُكَايَلَةً وَمُوَازَنَةً وَمُعَادَدَةً وَمُذَارَعَةً أنها على الْبَائِعِ أَمَّا أُجْرَةُ الْكَيَّالِ وَالْوَزَّانِ فَلِأَنَّهَا من مُؤْنَاتِ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ وَالْكَيْلُ وَالْوَزْنُ فِيمَا بيع (((يباع))) مُكَايَلَةً وَمُوَازَنَةً من تَمَامِ التَّسْلِيمِ على ما نَذْكُرُ
وَالتَّسْلِيمُ على الْبَائِعِ فَكَانَتْ مُؤْنَةُ التَّسْلِيمِ عليه وَالْعَدَدُ في الْمَعْدُودِ الذي بِيعَ عَدَدًا بِمَنْزِلَةِ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ في الكيل (((المكيل))) وَالْمَوْزُونِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَكَانَ من تَمَامِ التَّسْلِيمِ فَكَانَتْ على من عليه التَّسْلِيمُ
وَعِنْدَهُمَا هو من بَابِ تَأْكِيدِ التَّسْلِيمِ فَكَانَ من تَوَابِعِهِ كَالذَّرْعِ فِيمَا بِيعَ مُذَارَعَةً فَكَانَتْ مُؤْنَتُهُ على من عليه التَّسْلِيمُ وهو الْبَائِعُ وَكَذَا أُجْرَةُ وَزَّانِ الثَّمَنِ على الْمُشْتَرِي لِمَا قُلْنَا
وَأَمَّا أُجْرَةُ نَاقِدِ الثَّمَنِ فَعَنْ مُحَمَّدٍ فيه رِوَايَتَانِ رَوَى إبْرَاهِيمُ بن رُسْتُمَ عنه أنها على البايع لِأَنَّ حَقَّهُ في الْجَيِّدِ وَالنَّقْدُ لِتَمْيِيزِ حَقِّهِ فَكَانَتْ مُؤْنَتُهُ عليه
وَرَوَى ابن سِمَاعَةَ عنه أَنَّ البايع إنْ كان لم يَقْبِضْ الدَّرَاهِمَ فَعَلَى الْمُشْتَرِي لِأَنَّ عليه تَسْلِيمَ ثَمَنٍ جَيِّدٍ فَكَانَتْ مُؤْنَةُ تَسْلِيمِهِ عليه وَلَوْ كان قد قَبَضَهَا فَعَلَى البايع لِأَنَّهُ قَبَضَ حَقَّهُ ظَاهِرًا فَإِنَّمَا يَطْلُبُ بِالنَّقْدِ إذَا أَدَّى فَكَانَ النَّاقِدُ عَامِلًا له فَكَانَتْ أُجْرَةُ عَمَلِهِ عليه
وَأَمَّا بَيَانُ وَقْتِ الْوُجُوبِ فَالْوُجُوبُ على التَّوَسُّعِ ثَبَتَ عَقِيبَ